RAGIP PAŞA
2129
1-2

T. C.
MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI
2129 1-2

الجزء الاول

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

111

للامام الحكيم الفقيه الاصولى القاضى ابى الوليد محمد بن احمد بن محمد
بن احمد بن رشد القرطبى الاندلسى الشهير [بابن رشد الحفيد]
المتوفى بسنة ٥٩٥ هجرية رحمه الله تعالى

T. C.
R-Y
2465

طبعت على النسخة المطبوعة فى القاهرة بقراءة احمد حمدى البافروى

طبع بمطبعة احمد كامل بدار الخلافة العلية سنة ١٣٣٣ هجرية

بسم الله الرحمن الرحيم

اما بعد حمدالله بجميع محامده والصلاة والسلام على محمد رسوله وآله واصحابه فان غرضى فى هذا الكتاب ان اثبت فيه لنفسى على جهة التذكرة من مسائل الاحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها والتنبيه على نكت الخلاف فيها ما يجرى مجرى الاصول والقواعد لما عسى ان يرد على المجتهد من المسائل المسكوت عنها فى الشرع وهذه المسائل فى الاكثر هى المسائل المنطوق بها فى الشرع او تتعلق بالمنطوق به تعلقا قريباً وهى المسائل التى وقع الاتفاق عليها او اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الاسلاميين من لدن الصحابة رضى الله عنهم الى ان فشا التقليد وقبل ذلك فلنذكركم اصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام الشرعية وكم اصناف الاحكام الشرعية وكم اصناف الاسباب التى اوجبت الاختلاف بأوجز ما يمكننا فى ذلك فنقول .

ان الطرق التى منها تلقيت الاحكام عن النبى عليه الصلاة والسلام بالجنس ثلاثة اما لفظ و اما فعل واما اقرار واما ما سكت عنه الشارع من الاحكام فقال الجمهور ان طريق الوقوف عليه هو القياس وقال اهل الظاهر القياس فى الشرع باطل وما سكت عنه الشارع فلا حكم له ودليل العقل يشهد بثبوته و ذلك ان الوقائع بين اشخاص الاناسى غير متناهية والنصوص والافعال والاقرارات متناهية ومحال ان يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى واصناف الالفاظ التى يتلقى منها الاحكام من السمع اربعة ثلاثة متفق عليها ورابع مختلف فيه . اما الثلاثة المتفق عليها فلفظ عام يحمل على عمومه او خاص يحمل على خصوصه او لفظ عام يراد به الخصوص او لفظ خاص يراد به العموم وفى هذا يدخل التنبيه بالاعلى على الادنى وبالادنى على الاعلى وبالمساوى على المساوى فمثال الاول قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) فان المسلمين اتفقوا على ان لفظ الخنزير متناول لجميع اصناف الخنازير ما لم يكن مما يقال عليه الاسم بالاشتراك مثل خنزير الماء . ومثال العام يراد به الخاص قوله تعالى (خذ من اموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) فان المسلمين اتفقوا على ان ليست الزكاة واجبة فى جميع انواع

الاموال . ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه اما ان يأتى المستدعى بها فعله بصيغة الامر واما أن يأتى بصيغة الخبر يراد به الامر وكذلك المستدعى تركه اما ان يأتى بصيغة النهى واما ان يأتى بصيغة الخبر يراد به النهى واذا اتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب او على الندب على ما سيقال فى حد الواجب والمندوب اليه او يتوقف حتى يدل الدليل على احدهما فيه بين العلماء خلاف مذكور كتب اصول الفقه وكذلك الحال فى صيغ النهى هل تدل على الكراهية او التحريم او لا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور ايضا . والاعيان التى يتعلق بها الحكم اما ان يدل عليها بلفظ يدل على واحد فقط وهو الذى يعرف فى صناعة اصول الفقه بالنص ولا خلاف فى وجوب العمل به واما أن يدل عليها بلفظ يدل على اكثر من معنى واحد وهذا قسمان اما أن تكون دلالته على تلك المعانى بالسواء وهو الذى يعرف فى اصول الفقه بالمجمل ولا خلاف فى انه لا يوجب حكما واما أن تكون دلالته على بعض تلك المعانى اكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها اكثر ظاهراً ويسمى بالاضافة الى المعانى التى دلالته عليها اقل محتملا واذا ورد مطلقا حمل على تلك المعانى التى هو اظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء فى اقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان ، من قبل الاشتراك فى لفظ العين الذى علق به الحكم ، ومن قبل الاشتراك فى الالف واللام المقرونة بجنس ذلك العين هل اريد بها الكل او البعض ، ومن قبل الاشتراك الذى فى الفاظ الأوامر والنواهى . واما الطريق الرابع فهو ان يفهم من ايجاب الحكم لشئ ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشئ او من نفى الحكم عن شئ ما ايجابه لما عدى ذلك الشئ الذى نفى عنه وهو الذى يعرف بدليل الخطاب وهو اصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : فى سائمة الغنم الزكاة فان قوما فهموا منه أن لا زكاة فى غير السائمة . واما القياس الشرعى فهو الحاق الحكم الواجب لشئ ما بالشرع بالشئ المسكوت عنه لشبهه بالشئ الذى اوجب الشرع له ذلك الحكم او لعلة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعى صنفين ، قياس شبه ، وقياس علة والفرق بين القياس الشرعى واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذى اريد به الخاص فيلحق به غيره اعنى ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذى بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وانما هو من باب دلالة اللفظ وهذان الصنفان يتقاربان

جداً لانهما الحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على الفقهاء كثيرا جدا فمثال القياس الحاق شارب الخمر بالقاذف فى الحد والصداق بالنصاب فى القطع واما الحاق الربويات بالمقتات اوبالمكيل اوبالمطعوم فمن باب الخاص اريد به العام فتأمل هذا فان فيه غموضاً والجنس الاول هو الذى ينبغى للظاهرية أن تنازع فيه واما الثانى فليس ينبغى لها ان تنازع فيه لانه من باب السمع والذى يرد ذلك يرد نوعا من خطاب العرب . واما الفعل فانه عند الاكثر من الطرق التى تتلقى منها الاحكام الشرعية وقال قوم الافعال ليست تفيد حكما اذ ليس لها صيغ والذين قالوا انها تتلقى منها الاحكام اختلفوا فى نوع الحكم الذى تدل عليه فقال قوم تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين انها ان أتت بيانا لمجمل واجب دلت على الوجوب وان أتت بيانا لمجمل مندوب اليه دلت على الندب وان لم تأت بيانا لمجمل فان كانت من جنس القربة دلت على الندب وان كانت من جنس المباحات دلت على الاباحة واما الاقرار فانه يدل على الجواز فهذه اصناف الطرق التى تتلقى منها الاحكام او تستنبط . واما الاجماع فهو مستند الى احد هذه الطرق الاربعة لانه اذا وقع فى واحد منها ولم يكن قطعياً نقل الحكم من غلبة الظن الى القطع وليس الاجماع اصلا مستقلا بذاته من غير استناده الى واحد من هذه الطرق لانه لو كان كذلك لكان يقتضى اثبات شرع زائد بعد النبى صلى الله عليه وسلم اذ كان لا يرجع الى اصل من الاصول المشروعة . واما المعانى المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكلفين فهى بالجملة اما امر بشئ واما نهى عنه واما تخيير فيه والامر ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتركه سمى واجباً وان فهم منه الثواب على الفعل وانتفاء العقاب مع الترك سمى ندبا والنهى ايضاً ان فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل سمى محرما ومحظورا وان فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمى مكروها فتكون اصناف الاحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومخير فيه وهو المباح. واما اسباب الاختلاف بالجنس فستة، احدها تردد الالفاظ بين هذه الطرق الاربع اعنى بين أن يكون اللفظ عاما يراد به الخاص او خاصا يراد به العام او عاما يراد به العام او خاصاً يراد به الخاص او يكون له دليل خطاب او لا يكون له، والثانى الاشتراك الذى فى الالفاظ وذلك اما فى اللفظ المفرد كلفظ القرء الذى ينطلق على الاطهار وعلى الحيض وكذلك لفظ الامر هل يحمل على الوجوب او على الندب ولفظ النهى هل يحمل على التحريم او الكراهية واما فى اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الا الذين تابوا) فانه يحتمل أن يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

ومجيزة شهادة القاذف، والثالث اختلاف الاعراب ، والرابع تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة او حمله على نوع من انواع المجاز التى هى اما الحذف واما الزيادة واما التقديم واما التأخير واما تردده على الحقيقة او الاستعارة، والخامس اطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل اطلاق الرقبة فى العتق تارة وتقييدها بالايمان تارة، والسادس التعارض فى الشيئين فى جميع اصناف الالفاظ التى يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذى يأتى فى الافعال او فى الاقرارات او تعارض القياسات انفسها او التعارض الذى يتركب من هذه الاصناف الثلاثة اعنى معارضة القول للفعل او للاقرار او للقياس ومعارضة الفعل للاقرار او للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضى رضى الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدناله مستعينين بالله ولنبدا من ذلك بكتاب الطهارة على على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على ان الطهارة الشرعية طهارتان طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على ان الطهارة من الحدث ثلاثة اصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة فى ذلك فلنبدا من ذلك بالقول فى الوضوء فنقول :

(كتاب الوضوء)

ان القول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة ابواب ، الباب الاول فى الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ، الثانى فى معرفة افعالها ، الثالث فى معرفة ما به تفعل وهو الماء، الرابع فى معرفة نواقضها ، الخامس فى معرفة الاشياء التى تفعل من اجلها

﴿ الباب لاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على ان امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها . واما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من احدث حتى يتوضأ وهذان الحديثان ثابتان عند ائمة النقل. واما الاجماع فانه لم ينقل عن احد من المسلمين فى ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ

العادات تقتضى ذلك . واما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك ايضا ثابت بالسنة والاجماع . اما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبى حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق . واما الاجماع فانه لم ينقل فى ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام ام لا وهى مسئلة قليلة الغناء فى الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخروى. واما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة او اراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقا بوقت. اما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت. واما دليل وجوبه عند ارادة الافعال التى هى شرط فيها فسيأتى ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من اجلها واختلاف الناس فى ذلك .

﴿ الباب الثانى ﴾

واما معرفة فعل الوضوء فالاصل فيه ما ورد من صفته فى قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين) وما ورد من ذلك ايضاً فى صفة وضوء النبى صلى الله عليه وسلم فى الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة تجرى مجرى الامهات وهى راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال واعدادها وتحديد محلها وتعيينه وانواع احكام جميع ذلك .

﴿ المسئلة الاولى من الشروط ﴾

اختلف علماء الامصار هل النية شرط فى صحة الوضوء ام لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية فى العبادات لقوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم : انما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعى ومالك واحمد وابى ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب ابى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة اعنى غير معقولة المعنى وانما يقصد بها القربة فقط كالصلاة وغيرها وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون ان العبادة المحضة مفتقرة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفتقرة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بأيهما هو اقوى شبها فيلحق به .

﴿المسئلة الثانية من الاحكام﴾ اختلف الفقهاء فى غسل اليد قبل ادخالها فى اناء الوضوء فذهب قوم الى انه من سنن الوضوء باطلاق وان تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك

والشافعى وقيل انه مستحب للشاك فى طهارة يده وهو ايضاً مروى عن مالك وقيل ان غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود واصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك فى نوم الليل ولم يوجبوه فى نوم النهار وبه قال احمد. فتحصل فى ذلك اربعة اقوال قول انه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول انه واجب على المنتبه من النوم وقول انه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار. والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى مفهوم الثابت من حديث ابى هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال : اذا استيقظ احدكم من نومه فليغسل يده قبل ان يدخلها الاناء فان احدكم لا يدرى اين باتت يده وفى بعض رواياته فليغسلها ثلاثا فمن لم ير بين الزيادة الواردة فى هذا الحديث على ما فى آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الأمر ههنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل اوجب ذلك من نوم الليل فقط. ومن لم يفهم منه ذلك و انما فهم منه النوم فقط. اوجب ذلك على كل مستيقظ. من النوم نهاراً او ليلا ومن رأى ان بين هذه الزيادة و الآية تعارضاً اذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده ان يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذى هو الوجوب الى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لمثابرته عليه الصلاة والسلام على ذلك قال انه من جنس السنن ومن لم يتأكد عنده هذا الندب قال ان ذلك من جنس المندوب المستحب و هؤلاء غسل اليد عندهم بهذه الحال اذا تيقن طهارتها اعنى من يقول ان ذلك سنة ومن يقول انه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده ان يكون من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده مندوباً للمستيقظ من النوم فقط. ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص اريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه فى معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث انه لم يقصد به حكم اليد فى الوضوء وانما قصد به حكم الماء الذى يتوضأ به اذ كان الماء مشترطاً فيه الطهارة . واما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل ادخالهما فى الاناء فى اكثر احيانه فيحتمل ان يكون من حكم اليد على ان يكون غسلها فى الابتداء من افعال الوضوء ويحتمل ان يكون من حكم الماء اعنى ان لا ينجس او يقع فيه شك ان قلنا ان الشك مؤثر .

﴿المسئلة الثالثة من الاركان ﴾ اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى الوضوء على ثلاثة اقوال، قول انهما سنتان فى الوضوء وهو قول مالك والشافعى وابى حنيفة، وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن ابى ليلى وجماعة من اصحاب داود ،وقول ان الاستنشاق فرض والمضمضة سنة

وبه قال ابو ثور وابو عبيد وجماعة من اهل الظاهر . وسبب اختلافهم فى كونها فرضاً اوسنة اختلافهم فى السنن الواردة فى ذلك هل هى زيادة تقتضى معارضة آية الوضوء او لا تقتضى ذلك فمن رأى ان هذه الزيادة ان حملت على الوجوب اقتضت معارضة الاية اذ المقصود من الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه اخرجها من باب الوجوب الى باب الندب ومن لم يرانها تقتضى معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عنده هذه الاقوال والافعال فى حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولا على الوجوب والفعل محمولا على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك ان المضمضة نقلت من فعله عليه الصلاة والصلام ولم تنقل من امره واما الاستنشاق فمن امره عليه الصلاة والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا توضأ احدكم فليجعل فى انفه ماء ثم لينثر ومن استجمر فليوتر خرجه مالك فى موطأه والبخارى فى صحيحه من حديث ابى هريرة .

(المسئلة الرابعة من تحديد المحال) اتفق العلماء على ان غسل الوجه بالجملة من فرائض الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلفوا منه فى ثلاثة مواضع فى غسل البياض الذى بين العذار والاذن وفى غسل ما انسدل من اللحية وفى تخليل اللحية فالمشهور من مذهب مالك انه ليس البياض الذى بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل فى المذهب بالفرق بين الأمرد والمتاحى فيكون فى المذهب فى ذلك ثلاثة اقوال وقال ابو حنيفة والشافعى هو من الوجه . واما ما انسدل من اللحية فذهب مالك الى وجوب امرار الماء عليه ولم يوجبه ابو حنيفة ولا الشافعى فى احد قوليه . وسبب اختلافهم فى هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه لهذين الموضعين اعنى هل يتناولهما او لا يتناولهما . واما تخليل اللحية فمذهب مالك انه ليس واجباً وبه قال ابو حنيفة والشافعى فى الوضوء واوجبه ابن عبد الحكم من اصحاب مالك . وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الآثار التى ورد فيها الامر بتخليل اللحية والاكثر على انها غير صحيحة مع ان الآثار الصحاح التى ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام ليس فى شئ منها التخليل .

(المسئلة الخامسة من التحديد) اتفق العلماء على ان غسل اليدين والذراعين من فروض الوضوء لقوله تعالى (وايديكم الى المرافق) واختلفوا فى ادخال المرافق فيها فذهب الجمهور مالك والشافعى وابو حنيفة الى وجوب ادخالها وذهب بعض اهل الظاهر و بعض متأخرى اصحاب مالك والطبرى الى انه لا يجب ادخالها فى الغسل . والسبب فى اختلافهم فى ذلك الاشتراك الذى فى حرف الى و فى اسم اليد فى كلام العرب وذلك ان حرف الى مرة

يدل فى كلام العرب على الغاية ومرة يكون بمعنى مع ، واليد ايضاً فى كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ، على الكف فقط ، وعلى الكف والذراع ، وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى مع اوفهم من اليد مجموع الثلاثة الاعضاء اوجب دخولها فى الغسل ومن فهم من الى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخلا فى المحدود لم يدخلها فى الغسل وخرج مسلم فى صحيحه عن ابى هريرة انه غسل يده اليمنى حتى اشرع فى العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى اشرع فى الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة لقول من اوجب ادخالهما فى الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب ان لا يصار الى احد المعنيين الا بدليل وان كانت الى فى كلام العرب اظهر فى معنى الغاية منها فى معنى مع وكذلك اسم اليد اظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فقول من لم يدخلهما من جهة الدلالة اللفظية ارجح وقول من ادخلهما من جهة هذا الاثر ابين الا ان يحمل هذا الاثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه

(المسئلة السادسة من التحديد) اتفق العلماء على ان مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا فى القدر المجزى منه فذهب مالك الى ان الواجب مسحه كله وذهب الشافعى وبعض اصحاب مالك وابو حنيفة الى ان مسح بعضه هو الفرض ومن اصحاب مالك من حد هذا البعض بالثلث ومنهم من حده بالثلثين واما ابو حنيفة فحده بالربع وحد مع هذا القدر من اليد الذى يكون به المسح فقال ان مسحه بأقل من ثلاثة اصابع لم يجزه واما الشافعى فلم يحد فى الماسح ولا فى الممسوح حداً . واصل الاختلاف فى هذا الاشتراك الذى فى الباء فى كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من انبت ومرة تدل على التبعيض مثل قول القائل اخذت بثوبه وبعضده ولا معنى لانكار هذا فى كلام العرب اعنى كون الباء مبعضة وهو قول الكوفيين من النحويين فمن رآها زائدة اوجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ههنا كونها مؤكدة ومن رآها مبعضة اوجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة ان النبى عليه الصلاة والسلام : توضأ فمسح بناصيته وعلى العمامة خرجه مسلم وان سلمنا ان الباء زائدة بقى ههنا ايضاً احتمال آخر وهو هل الواجب الاخذ بأوائل الاسماء او بأواخرها .

(المسئلة السابعة من الاعداد) اتفق العلماء على ان الواجب من طهارة الاعضاء المغسولة هو مرة مرة اذا اسبغ وان الاثنين والثلاث مندوب اليهما لما صح انه صلى الله عليه وسلم

توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا ولان الأمر ليس يقتضى الا الفعل مرة مرة اعنى الأمر الوارد فى الغسل فى آية الوضوء . واختلفوا فى تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة ام ليس فى تكريره فضيلة فذهب الشافعى الى انه من توضأ ثلاثا ثلاثا يمسح رأسه ايضاً ثلاثا واكثر الفقهاء يرون ان المسح لا فضيلة فى تكريره . وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى قبول الزيادة الواردة فى الحديث الواحد اذا اتت من طريق واحد ولم يروها الاكثر وذلك ان اكثر الاحاديث التى روى فيها انه توضأ ثلاثاً ثلاثاً من حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها الا انه مسح واحدة فقط وفى بعض الروايات عن عثمان فى صفة وضوئه انه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعضد الشافعى وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ماروى انه عليه الصلاة والسلام توضأ مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك ان المفهوم من عموم هذا اللفظ وان كان من لفظ الصحابى هو حمله على سائر اعضاء الوضوء الا ان هذه الزيادة ليست فى الصحيحين فان صحت يجب المصير اليها لأن من سكت عن شئ ليس هو بحجة على من ذكره واكثر العلماء اوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الاعضاء وروى عن ابن الماجشون انه قال اذا انفد الماء مسح رأسه ببلل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعى ويستحب فى صفة المسح ان يبدأ بمقدم رأسه فيمر يديه الى قفاه ثم يردهما الى حيث بدأ على ما فى حديث عبد الله بن زيد الثابت وبعض العلماء يختاران يبدأ من مؤخر الرأس وذلك ايضاً مروى من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام من حديث الربيع بنت معوذ الا انه لم يثبت فى الصحيحين .

(المسئلة الثامنة من تعيين المحال) اختلف العلماء فى المسح على العمامة فاجاز ذلك احمد بن حنبل وابو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعى وابو حنيفة. وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى وجوب العمل بالأثر الوارد فى ذلك من حديث المغيرة وغيره انه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط اكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث انما رده من رده اما لانه لم يصح عنده واما لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده اعنى الأمر فيه بمسح الرأس واما لانه لم يشتهر العمل به عند من يشترط اشتهار العمل فيما نقل من طريق الآحاد وبخاصة فى المدينة على المعلوم من مذهب مالك انه يراعى اشتهار العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه ابو عمر ابن عبد البر انه حديث معلول وفى بعض طرقه انه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء فى المسح على العمامة المسح على الناصية اذ لا يجتمع الاصل والبدل فى فعل واحد

(المسئلة التاسعة من الاركان) اختلفوا فى مسح الاذنين هل هو سنة او فريضة وهل يجدد لهما الماء ام لا فذهب بعض الناس الى انه فريضة وانه يجدد لهما الماء وممن قال بهذا القول جماعة من اصحاب مالك ويتأولون مع هذا انه مذهب مالك لقوله فيهما انهما من الرأس وقال ابو حنيفة واصحابه مسحهما فرض كذلك [١] الا انهما يمسحان مع الرأس بماء واحد وقال الشافعى مسحهما سنة ويجدد لهما الماء وقال بهذا القول جماعة ايضاً من اصحاب مالك ويتأولون ايضاً انه قوله لما روى عنه انه قال حكم مسحهما حكم المضمضة. واصل اختلافهم فى كون مسحها سنة او فرضا اختلافهم فى الآثار الوارة بذلك اعنى مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هى زيادة على ما فى الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما ان يحمل على الندب لمكان التعارض الذى يتخيل بينهما وبين الآية ان حملت على الوجوب أم هى مبينة للمجمل الذى فى الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس فى الوجوب فمن اوجبها جعلها مبينة لمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وان كانت لم تثبت فى الصحيحين فهى قد اشتهر العمل بها. واما اختلافهم فى تجديد الماء لهما فسببه تردد الأذنين بين ان يكونا عضواً مفردا بذاته من اعضاء الوضوء او يكون جزأ من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا الى انهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون الى انه يمسح باطنهما مع الرأس ويغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضوين ان يكون جزأ من الوجه او جزأ من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتهار الآثار فى ذلك بالمسح واشتهار العمل به والشافعى يستحب فيهما التكرار كما يستحبه فى مسح الرأس .

(المسئلة العاشرة من الصفات) اتفق العلماء على ان الرجلين من اعضاء الوضوء واختلفوا فى نوع طهارتهما فقال قوم طهارتها الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضها المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالنوعين الغسل والمسح وان ذلك راجع الى اختيار المكلف. وسبب اختلافهم القراءتان المشهورتان فى آية الوضوء اعنى قراءة من قرأ وأرجلكم بالنصب عطفا على المغسول وقرأة من قرأ وأرجلكم بالخفض عطفاً على الممسوح وذلك ان قرأة النصب ظاهرة فى الغسل وقرأة الخفض ظاهرة فى المسح كظهور تلك فى الغسل فمن ذهب الى ان فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين اما الغسل واما المسح ذهب الى ترجيح ظاهر احدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية الى معنى ظاهر القراءة التى ترجحت عنده ومن اعتقد ان دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وانه

---

(١) انظر هذا فان المقرر فى مذهب ابى حنيفة ان مسحهما سنة لا فرض

ليست احداهما على ظاهرها ادل من الثانية على ظاهرها ايضا جعل ذلك من الواجب المخير ككفارة اليمين وغير ذلك وبه قال الطبرى وداود وللجمهور تأويلات فى قراءة الخفض اجودها ان ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى اذ كان ذلك موجودا فى كلام العرب مثل قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوافى المور والقطر)

بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر واما الفريق الثانى وهم الذين اوجبوا المسح فانهم تأولوا قراءة النصب على انها عطف على الموضع كما قال الشاعر :

* فلسنا بالجبال ولا الحديدا * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة والسلاة اذ قال فى قوم لم يستوفوا غسل اقدامهم فى الوضوء : ويل للاعقاب من النار قالوا فهذا يدل على ان الغسل هو الفرض لان الواجب هو الذى يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة لانه انما وقع الوعيد على انهم تركوا اعقابهم دون غسل ولا شك ان من شرع فى الغسل ففرضه الغسل فى جميع القدم كما ان من شرع فى المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الامرين .

وقد يدل على هذا ما جاء فى اثر آخر خرجه ايضا مسلم انه قال : فجعلنا نمسح على ارجلنا فنادى ويل للاعقاب من النار وهذا الاثر وان كانت العادة قد جرت بالاحتجاج به فى منع المسح فهو ادل على جوازه منه على منعه لان الوعيد انما تعلق فيه بترك التعميم لا بنوع الطهارة بل سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو ايضا مروى عن بعض الصحابة والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل اشد مناسبة للقدمين من المسح كما ان المسح اشد مناسبة للرأس من الغسل اذ كانت القدمان لا ينقى دنسهما غالبا الا بالغسل وينقى دنس الرأس بالمسح وذلك ايضا غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع ان تكون اسبابا للعبادات المفروضة حتى يكون الشرع لاحظ فيهما معنيين معنى مصلحيا ومعنى عباديا واعنى بالمصلحى ما رجع الى الامور المحسوسة وبالعبادى ما رجع الى زكاة النفس وكذلك اختلفوا فى الكعبين هل يدخلان فى المسح او فى الغسل عند من اجاز المسح واصل اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف الى اعنى فى قوله تعالى (وارجلكم الى الكعبين) وقد تقدم القول فى اشتراك هذا الحرف فى قوله تعالى (الى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن اشتراك حرف الى وهنا من قبل اشتراك حرف الى فقط . وقد اختلفوا فى الكعب ما هو وذلك لاشتراك اسم الكعب واختلاف اهل اللغة فى دلالته فقيل هما العظمان اللذان عند معقد الشراك وقيل هما العظمان الناتئان فى طرف الساق ولا خلاف فى ما احسب فى دخولهما فى الغسل عند من يرى انهما عند معقد الشراك اذا كانا جزأ من القدم ولذلك قال قوم

انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه اعنى الشئ الذى يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) .

(المسئلة الحادية عشرة من الشروط) اختلفوا فى وجوب ترتيب افعال الوضوء على نسق الآية فقال قوم هو سنة وهو الذى حكاه المتأخرون من اصحاب مالك عن المذهب وبه قال ابو حنيفة والثورى وداود وقال قوم هو فريضة وبه قال الشافعى واحمد وابو عبيد وهذا كله فى ترتيب المفروض مع المفروض واما ترتيب الافعال المفروضة مع الافعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال ابو حنيفة هو سنة . وسبب اختلافهم شيئان ، احدهما الاشتراك الذى فى واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضى نسقا ولا ترتيبا وانما تقتضى الجمع فقط وقال الكوفيون بل تقتضى النسق والترتيب فمن رأى ان الواو فى آية الوضوء تقتضى الترتيب قال بايجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضى لم يقل بايجابه

والسبب الثانى اختلافهم فى افعاله عليه الصلاة والسلام هل هى محمولة على الوجوب او على الندب فمن حملها على الوجوب قال بوجوب الترتيب لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الا مرتبا ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمفروض من الافعال قال ان الترتيب الواجب انما ينبغى أن يكون فى الافعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون فى الافعال التى ليست واجبة .

(المسئلة الثانية عشرة من الشروط) اختلفوا فى الموالاة فى افعال الوضوء . فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعى وابو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء . والسبب فى ذلك الاشتراك الذى فى الواو ايضا وذلك انه قد يعطف بها الاشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الاشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتوضأ فى اول طهوره ويؤخر غسل رجليه الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف فى هذه المسئلة ايضا فى الاختلاف فى حمل الافعال على الوجوب او على الندب وانما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسى الاصل فيه فى الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن امتى الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من امر الشرع ان له تأثيرا فى التخفيف وقد ذهب قوم

الى ان التسمية من فروض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لاوضوء لمن لم يسم الله وهذا الحديث لم يصح عند اهل النقل وقد حمله بعضهم على ان المراد به النية وبعضهم حمله على الندب فيما احسب . فهذه مشهورات المسائل التى تجرى من هذا الباب مجرى الاصول وهى كما قلنا متعلقة اما بصفات افعال هذه الطهارة واما بتحديد مواضعها واما بتعريف شروطها واركانها وسائر ما ذكر . ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين اذ كان من افعال الوضوء . والكلام المحيط باصوله يتعلق بالنظر فى سبع مسائل بالنظر فى جوازه وفى تحديد محله وفى تعيين محله وفى صفته اعنى صفة المحل وفى توقيته وفى شروطه وفى نواقضه .

(المسئلة الاولى) فاما الجواز ففيه ثلاثة اقوال ، القول المشهور انه جائز على الاطلاق وبه قال جمهور فقهاء الامصار ، والقول الثانى جوازه فى السفر دون الحضر ، والقول الثالث منع جوازه باطلاق وهو أشذها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك . والسبب فى اختلافهم مايظن من معارضة آية الوضوء الوارد فيها الامر بغسل الارجل للآثار التى وردت فى المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة فى الصدر الاول فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون بجوازه بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جرير وذلك انه روى انه رأى النبى عليه الصلاة والسلام : يمسح على الخفين فقيل له انما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما اسلمت الا بعد نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازه ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر بالغسل انما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة انما هى للابس الخف وقيل ان تأويل قراءة الارجل بالخفض هو المسح على الخفين واما من فرق بين السفر والحضر فلان اكثر الآثار الصحاح الواردة فى مسحه عليه الصلوة والسلام انما كانت فى السفر مع ان السفر مشعر بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر .

(المسئلة الثانية) واما تحديد المحل فاختلف فيه ايضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب من ذلك مسح اعلى الخف وان مسح الباطن اعنى اسفل الخف مستحب ومالك احد من رأى هذا والشافعى ومنهم من اوجب مسح ظهورهما وبطونهما وهو مذهب ابن نافع من اصحاب مالك ومنهم من اوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطون وهو مذهب ابى حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذ اشهب فقال ان الواجب مسح الباطن او الاعلى

ايهما مسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان فى ذلك اثرين متعارضين ، احدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم : مسح اعلى الخف وباطنه والآخر حديث على : لو كان الدين بالرأى لكان اسفل الخف اولى بالمسح من اعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يمسح على ظاهر خفيه فمن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث على على الوجوب وهى طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح اخذ اما بحديث على واما بحديث المغيرة فمن رجح حديث المغيرة على حديث على رجحه من قبل القياس اعنى قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث على رجحه من قبل مخالفته للقياس او من جهة السند والاسعد فى هذه المسئلة هو مالك . واما من اجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا اعلم له حجة لانه لا هذا الاثر اتبع ولا هذا القياس استعمل اعنى قياس المسح على الغسل .

(المسئلة الثالثة) واما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلفوا فى المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم وممن منع ذلك مالك والشافعى وابو حنيفة وممن اجاز ذلك ابو يوسف ومحمد صاحبا ابى حنيفة وسفيان الثورى . وسبب اختلافهم اختلافهم فى صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام : انه مسح على الجوربين والنعلين واختلافهم ايضاً فى هل يقاس على الخف غيره ام هى عبادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فمن لم يصح عنده الحديث او لم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنده الاثر او جوز القياس على الخف اجاز المسح على الجوربين وهذا الاثر لم يخرجه الشيخان اعنى البخارى ومسلما وصححه الترمذى ولتردد الجوربين المجلدين بين الخف والجورب غير المجلد عن مالك فى المسح عليهما روايتان احديهما بالمنع والاخرى بالجواز

(المسئلة الرابعة) واما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلفوا فى المخرق فقال مالك واصحابه يمسح عليه اذا كان الخرق يسيرا وحدد ابو حنيفة بما يكون الظاهر منه اقل من ثلاثة اصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المنخرق ما دام يسمى خفا وان تفاحش خرقه وممن روى عنه ذلك الثورى ومنع الشافعى ان يكون فى مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا فى احد القولين عنه . وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى انتقال الفرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع الستر اعنى ستر الخف القدمين ام هو لموضع المشقة فى نزع الخفين فمن رآه لموضع الستر لم يجز المسح على الخف المنخرق لانه اذا انكشف من القدم شئ انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن راى ان العلة فى ذلك

المشقة لم يعتبر الخرق مادام يسمى خفاً . واما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسان ورفع للحرج وقال الثورى كانت خفاف المهاجرين والانصار لا تسلم من الخروق كخفاف الناس فلو كان فى ذلك حظر لورد ونقل عنهم . قلت هذه المسئلة هى مسكوت عنها فلو كان فيها حكم مع عموم الابتلاء به لبينه صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس مانزل اليهم)

(المسئلة الخامسة) واما التوقيت فان الفقهاء ايضاً اختلفوا فيه فرأى مالك ان ذلك غير موقت وان لابس الخف يمسح عليهما مالم ينزعهما او تصيبه جنابة وذهب ابو حنيفة والشافعى الى ان ذلك موقت . والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك ثلاثة احاديث ، احدها حديث على عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة ايام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم خرجه مسلم ، والثانى حديث ابى بن عمارة انه قال : يارسول الله امسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعا ثم قال امسح مابدا لك خرجه ابو داود والطحاوى والثالث حديث صفوان بن عسال قال : كنا فى سفر فامرنا الا ننزع خفافنا ثلاثة ايام ولياليهن الا من جنابة ولكن من بول او نوم او غائط [١] (قلت) اما حديث على فصحيح خرجه مسلم واما حديث ابى بن عمارة فقال فيه ابو عمر بن عبد البر انه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم ولذلك ليس ينبغى ان يعارض به حديث على واما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم يخرجه البخارى ولا مسلم فانه قد صححه قوم من اهل العلم بالحديث الترمذى وابو محمد بن حزم وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث ابى كحديث على وقد يحتمل ان يجمع بينهما بان يقال ان حديث صفوان وحديث على خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث ابى بن عمارة نص فى ترك التوقيت لكن حديث ابى لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثى على وصفوان وهو الاظهر الا ان دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر فى نقض الطهارة لان النواقض هى الاحداث .

(المسئلة السادسة) واما شرط المسح على الخفين فهو ان تكون الرجلان طاهرتين بطهر الوضوء وذلك شئ مجمع عليه الا خلافا شاذا وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن لبابة فى المنتخب وانما قال به الاكثر لثبوته فى حديث المغيرة وغيره اذ اراد ان ينزع الخف عنه فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فانى ادخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجليه ولبس خفيه ثم اتم

(١) هكذا رواية الترمذى ورواية النسائى ثلاثة ايام بلياليهن من غائط وبول ونوم الا من جنابة

وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم ير ان الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكمل الطهارة لجميع الاعضاء قال بجواز ذلك ومن رأى ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع اعضاء الطهارة لم يجز ذلك وبالقول الاول قال أبو حنيفة وبالثانى قال الشافعى ومالك الا ان مالكا لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى ان الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام : وهما طاهرتان فأخبر عن الطهارة الشرعية وفى بعض روايات المغيرة : اذا ادخلت رجليك فى الخف وهما طاهرتان فامسح عليهما وعلى هذه الاصول يتفرع الجواب فيمن لبس احد خفيه بعد ان غسل احدى رجليه وقبل ان يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لابس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعى واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والثورى والمزى والطبرى وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من اصحاب مالك منهم مطرف وغيره كلهم اجمعوا انه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف آخر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الى الخف اذا ستره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الاسفل الواجبة الى الخف الاعلى فمن شبه النقلة الثانية بالاولى اجاز المسح على الخف الاعلى ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يجز ذلك .

(المسئلة السابعة) فاما نواقض هذه الطهارة فانهم اجمعوا على انها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة ام لا فقال قوم ان نزعه وغسل قدميه فطهارته باقية وان لم يغسلهما وصلى اعاد الصلاة بعد غسل قدميه وممن قال بذلك مالك واصحابه والشافعى وابو حنيفة الا ان مالكا رأى انه ان اخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه فى وجوب الموالاة على الشرط الذى تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل وممن قال بهذا القول داود وابن ابى ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هى مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو اصل بذاته فى الطهارة او بدل من غسل القدمين عند غيبوبتهما فى الخفين فان قلنا هو اصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلاه بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتمل أن يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتمل ان يقال ان غسلهما اجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور واما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شئ

يتخيل فهذا ما رأينا ان نثبته فى هذا الباب .

« الباب الثالث فى المياه »

والاصل فى وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا) واجمع العلماء على ان جميع انواع المياه طاهرة فى نفسها مطهرة لغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا فى الصدر الاول شاذا وهم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالاثر الذى خرجه مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام فى البحر: هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا فى صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك أجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذا روى فى الماء الآجن عن ابن سيرين وهو ايضاً محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . واتفقوا على ان الماء الذى غيرت النجاسة اما طعمه أو لونه أو ريحه أو اكثر من واحد من هذه الاوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور. واتفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التى لم تغير احد اوصافه وانه طاهر فهذا ما اجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك فى ست مسائل تجرى مجرى القواعد والاصول لهذا الباب .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير احد اوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا او قليلا وهى احدى الروايات عن مالك وبه قال اهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا فى الحد بين القليل والكثير فذهب ابو حنيفة الى ان الحد فى هذا هو ان يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمى من احد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثانى منه وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك هو قلتان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد فى ذلك حداً ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير احد اوصافه وهذا ايضاً مروى عن مالك وقد روى ايضاً ان هذا الماء مكروه فيتحصل عن مالك فى الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة اقوال، قول ان النجاسة تفسده، وقول انها لا تفسده الا ان يتغير احد اوصافه، وقول انه مكروه. وسبب اختلافهم فى ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك وذلك ان حديث ابى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: اذا استيقظ احدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ايضاً حديث ابى هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يبولن احدكم فى الماء الدائم ثم

يغتسل فيه فانه يوهم بظاهره أيضاً ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهى عن اغتسال الجنب فى الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصاح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء فصب على بوله فظاهره ان قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم ان ذلك الموضع قد طهر من ذلك الذنوب وحديث أبى سعيد الخدرى كذلك أيضاً خرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له انه يستقى من بئر بضاعة وهى بئر يلقى فيها لحوم الكلاب والمحائض وعذرة الناس فقال النبى عليه الصلاة والسلام : ان الماء لا ينجسه شئ فرام علماء الجمع بين هذه الاحاديث . واختلفوا فى طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد قال ان حديثى أبى هريرة غير معقول المعنى وامتثال ما تضمناه عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرية أفرطت فى ذلك فقالت لو صب البول انسان فى ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثى أبى هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابى وحديث أبى سعيد على ظاهرهما أعنى على الاجزاء وأما الشافعى وأبو حنيفة فجمعا بين حديثى أبى هريرة وحديث أبى سعيد الخدرى بان حملا حديثى أبى هريرة على الماء القليل وحديث أبى سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعى الى ان الحد فى ذلك الذى يجمع الاحاديث هو ما ورد فى حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خرجه أبو داود والترمذى وصححه ابو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما ابو حنيفة فذهب الى ان الحد فى ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة فى جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسرى فى جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابى المشهور معارض له ولا بد فلذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورد عليها الماء كما فى حديث الاعرابى لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما فى حديث أبى هريرة نجس وهذا تحكم وله اذا تأمل وجه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر فى الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسرى فى جميع أجزائه وأنه يستحيل عينها عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يبعد ان

قدراً مامن الماء لو حله قدر مامن النجاسة لسرت فيه ولكان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على النجاسة جزءاً فجزءاً فمعلوم انه تفنى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لان نسبته الى ماورد عليه مما بقى من النجاسة نسبة الماء الكثير الى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم يقع فى هذه الحال بذهاب عين النجاسة أعنى فى وقوع الجزء الاخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا على ان مقدار مايتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة فى الثوب أو البدن. واختلفوا اذا وقعت القطرة من البول فى ذلك القدر من الماء. وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة فى الجمع هو أن يحمل حديث أبى هريرة وما فى معناه على الكراهية وحديث أبى سعيد وأنس على الجواز لان هذا التأويل يبقى مفهوم الاحاديث على ظاهرها أعنى حديث أبى هريرة من أن المقصود بها تأثير النجاسة فى الماء وحد الكراهية عندى هو ماتعافه النفس وترى انه ماء خبيث وذلك أن مايعاف الانسان شربه يجب أن يجتنب استعماله فى القربة الى الله تعالى وان يعاف وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من احتج بانه لو كان قليل النجاسة ينجس قليل الماء لما كان الماء يطهر أحداً ابداً اذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من الماء عن الشئ النجس المقصود تطهيره ابداً نجساً فقول لامعنى له لما بيناه من ان نسبة آخر جزء يرد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة فى المحل نسبة الماء الكثير الى النجاسة القليلة وان كان يعجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعاً ان الماء الكثير يحيل النجاسة ويقلب عينها الى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان الماء الكثير لاتفسده النجاسة القليلة فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين النجاسة بكثرته ولافرق بين الماء الكثير ان يرد على النجاسة الواحدة بعينها دفعة او يرد عليها جزءاً بعد جزء. فاذاً هؤلاء انما احتجوا بموضع الاجماع على موضع الخلاف من حيث لم يشعروا بذلك والموضعان فى غاية التباين. فهذا ماظهر لنا فى هذه المسئلة من سبب اختلاف الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولوددنا ان لو سلكنا فى كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن هذا يقتضى طولا وربما عاق الزمان عنه وان الاحوط هو ان نؤم الغرض الاول الذى قصدناه فان يسر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض.

(المسئلة الثانية) الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التى تنفك منه غالباً متى غيرت أحد أوصافه فانه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند أبى حنيفة مالم يكن التغير عن طبخ. وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطلق

للماء الذى خالطه امثال هذه الاشياء اعنى هل يتناوله اولا يتناوله فمن رأى انه لايتناوله اسم الماء المطلق وانما يضاف الى الشئ الذى خالطه فيقال ماء كذا لا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء انما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناوله اسم الماء المطلق اجاز به الوضوء ولظهور عدم تناول اسم الماء للماء المطبوخ مع شئ طاهر اتفقوا على انه لايجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه الا مافى كتاب ابن شعبان من اجازة طهر الجمعة بماء الورد والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لايتناوله اسم الماء المطلق مثل مايقال ماء الغسل وقد لايبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذلك لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته: اغسلنها بماء وسدر واجعلن فى الاخيرة كافوراً او شيأ من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة فى المخالطة والقلة والفرق بينهما فأجازه مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة.

(المسئلة الثالثة) الماء المستعمل فى الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فقوم لم يجيزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعى وابى حنيفة وقوم كرهوه ولم يجيزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك واصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقا وبه قال ابو ثور وداود واصحابه وشذ ابو يوسف فقال انه نجس. وسبب الخلاف فى هذا ايضا مايظن من انه لايتناوله اسم الماء المطلق حتى ان بعضهم غلا فظن ان اسم الغسالة احق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولابد ان يقع من الماء المستعمل فى الاناء الذى بقى فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه فى الاغلب ليس ينتهى الى ان يتغير احد اوصافه بدنس الاعضاء التى تغسل به فان انتهى الى ذلك فحكمه حكم الماء الذى تغير احد اوصافه بشئ طاهر وان كان هذا تعافه النفوس اكثر وهذا لحظ من كرهه واما من زعم انه نجس فلا دليل معه.

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على طهارة اسئار المسلمين وبهيمة الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلافاً كثيراً فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السؤر ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعى ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاسئار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فالاسئار نجسة وان كانت

مكروهة فالاسئار مكروهة وان كانت مباحة فالاسئار طاهرة . واما سؤر المشرك فقيل انه نجس وقيل انه مكروه اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع اسئار الحيوانات التى لاتتوقى النجاسة غالبا مثل الدجاج المخلاة والابل الجلالة والكلاب المخلاة وسبب اختلافهم فى ذلك هو ثلاثة اشياء ، احدها معارضة القياس لظاهر الكتاب ، والثانى معارضته لظاهر الآثار ، والثالث معارضة الآثار بعضها بعضاً فى ذلك . اما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب ان تكون الحياة هى سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حى طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس فى الخنزير والمشرك وذلك ان الله تعالى يقول فى الخنزير (فانه رجس) وما هو رجس فى عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحى الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرك ففى قوله تعالى (انما المشركون نجس) فمن حمل هذا ايضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك القياس المشركين ومن اخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه . واما الآثار فانها عارضت هذا القياس فى الكلب والهر والسباع . اما الكلب فحديث ابى هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا ولغ الكلب فى اناء احدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفى بعض طرقه اولاهن بالتراب وفى بعضها وعفروه الثامنة بالتراب واما الهر فما رواه قرة عن ابن سيرين عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طهور الاناء اذا ولغ فيه الهران يغسل مرة او مرتين وقرة ثقة عند اهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن ابيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً . واما تعارض الآثار فى هذا الباب فمنها انه روى عنه انه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التى بين مكة والمدينة تردها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت فى بطونها ولكم ما غبر شرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذى رواه مالك فى موطاه وهو قوله يا صاحب الحوض لاتخبرنا فانا نرد على السباع وترد علينا وحديث ابى قتادة ايضا الذى خرجه مالك ان كبشة سكبت له وضوءاً فجاءت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انها ليست بنجس انما هى من الطوافين عليكم او الطوافات فاختلف العلماء فى تأويل هذه الآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك فى الامر باراقة سؤر الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معللة وان الماء الذى يلغ فيه ليس بنجس ولم ير اراقة ما عدى الماء من الاشياء التى يلغ فيها الكلب فى المشهور عنه وذلك

كما قلنا لمعارضة ذلك القياس له ولانه ظن أيضاً انه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) يريد انه لو كان نجس العين لنجس الصيد بمماسته وأيد هذا التأويل بما جاء فى غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط فى غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يعرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده . وأما الشافعى فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة سؤره وان لعابه هو النجس لا عينه فيما أحسب وأنه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى الخنزير لمكان الآية المذكورة. وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذه الآثار الواردة بنجاسة سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام فقال الاسئار تابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع على ظاهر الأحاديث الواردة فى ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى من ذلك السباع فقط أما سؤر الكلب فللعدد المشترط فى غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب له ولمعارضة حديث أبى قتادة له اذ علل عدم نجاسة الهرة من قبل انها من الطوافين والكلب طواف وأما الهرة فمصيرا الى ترجيح حديث أبى قتادة على حديث قرة عن ابن سيرين وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد فى معناه لمعارضة حديث أبى قتادة له بدليل الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة فى هرة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف وهى السباع فاسئارها محرمة وممن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد فى غسله شرطا فى طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض ذلك عنده القياس فى غسل النجاسات أعنى أن المعتبر فيها انما هو ازالة العين فقط وهذا على عادته فى رد أخبار الآحاد لمكان معارضة الاصول لها. قال القاضى فاستعمل من هذا الحديث بعضا ولم يستعمل بعضاً أعنى أنه استعمل منه ما لم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبى هريرة الذى روى الحديث. فهذه هى الاشياء التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير فى هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة اسئار الحيوان الكلب والخنزير والمشرك لصحة الآثار الواردة فى الكلب ولان ظاهر الكتاب أولى أن يتبع فى القول بنجاسة عين الخنزير والمشرك من القياس وكذلك ظاهر الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ما ولغ فيه الكلب مخيل ومناسب فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة فى

الشرع من الامر باراقة الشئ وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشئ وما اعترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لما اشترط فيه العدد فغير نكير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظا لها . قال القاضى وقد ذهب جدى رحمة الله عليه فى كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معلل معقول المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكلب الذى ولغ فى الاناء كلبا فيخاف من ذلك السم قال ولذلك جاء هذا العدد الذى هو السبع فى غسله فان هذا العدد قد استعمل فى الشرع فى مواضع كثيرة فى العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذى قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا أن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطى علة فى غسله من أن يقول انه غير معلل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغنى بعض الناس بأن قال أن الكلب الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذى قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا فى مباديها وفى أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضاً فانه ليس فى الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء ولعل فى سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعنى قبل ان يستحكم به الكلب ولا يستنكر ورود مثل هذا فى الشرع فيكون هذا من باب ما ورد فى الذباب اذا وقع فى الطعام ان يغمس وتعليل ذلك بأن فى أحد جناحيه داء وفى الآخر دواء وأما ماقيل فى المذهب من ان هذا الكلب هو الكلب المنهى عن اتخاذه أو الكلب الحضرى فضعيف وبعيد من هذا التعليل ألا أن يقول قائل ان ذلك أعنى النهى من باب التحريج فى اتخاذه .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى أسئار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم الى أن أسئار الطهر طاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعى وأبى حنيفة وذهب آخرون الى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤ المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون الى أنه يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة مالم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون الى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه الا أن يشرعا معاً وقال قوم لا يجوز وان شرعا معاً وهو مذهب أحمد بن حنبل. وسبب اختلافهم فى هذا اختلاف الآثار وذلك ان فى ذلك أربعة آثار ، أحدها أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد ، والثانى حديث ميمونة أنه اغتسل من فضلها ، والثالث حديث الحكم الغفارى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة خرجه أبو داود والترمذى والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يشرعان معاً فذهب العلماء فى تأويل هذه الاحاديث

مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض . أما من رجح حديث اغتسال النبى صلى الله عليه وسلم مع ازواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تخريجه ولم يكن عنده فرق بين ان يغتسلا معاً او يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لان المغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفارى فقال بطهر الاسئار على الاطلاق واما من رجح حديث الغفارى على حديث ميمونة وهو مذهب ابى محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفارى وحديث اغتسال النبى مع ازواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين ان يغتسل احدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط اجاز للرجل ان يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يجز ان يتطهر هو من فضل طهرها واجاز ان تتطهر هى من فضل طهره واما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ماخلا حديث ميمونة فانه اخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن ان يجتمع عليه حديث الغفارى وحديث غسل النبى صلى الله عليه وسلم مع ازواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهى الا تتوضأ المرأة ايضا بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواته قال فيه اكثر ظنى او اكثر علمى ان ابا الشعثاء حدثنى واما من لم يجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرعان معاً فلعله لم يبلغه من الاحاديث الا حديث الحكم الغفارى وقاس الرجل على المرأة. واما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فقط فلست اعلم له حجة الا انه مروى عن بعض السلف احسبه عن ابن عمر .

(المسئلة السادسة) صار ابو حنيفة من بين معظم أصحابه وفقهاء الامصار الى اجازة الوضوء بنبيذ التمر فى السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هل معك من ماء فقال معى نبيذ فى اداوتى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصبب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث ابى رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب الى الصحابة على وابن عباس وانه لا مخالف لهم من الصحابة فكان كالاجماع عندهم ورد اهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواته ولانه قد روى من طريق اوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لرد هذا الحديث بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيباً) قالوا فلم يجعل هاهنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام : الصعيد الطيب وضوء

المسلم وأن لم يجد الماء الى عشر حجج فاذا وجد الماء فليمسه بشرته ولهم أن يقولوا ان هذا قد أطلق عليه فى الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضى نسخا فيعارضها الكتاب لكن هذا مخالف لقولهم ان الزيادة نسخ .

﴿ الباب الرابع فى نواقض الوضوء ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ . واتفقوا فى هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذى والودى لصحة الآثار فى ذلك أذا كان خروجها على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه سبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

(المسئلة الاولى) اختلف علماء الامصار فى انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم فى ذلك الخارج وحده من اى موضع خرج وعلى أى جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثورى وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والفصد والحجامة والقئ ألا البلغم عند أبى حنيفة. وقال ابو يوسف من اصحاب أبى حنيفة انه اذا ملأ الفم ففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم الا مجاهد واعتبر قوم آخرون المخرجين الذكر والدبر فقالوا كل ما خرج من هذين السبيلين فهو ناقض للوضوء من أى شئ خرج من دم أو حصا أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض وممن قال بهذا القول الشافعى وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والمخرج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السبيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذى والودى والريح أذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينقض الوضوء فلم يروا فى الدم والحصاة والدود وضوءاً ولا فى السلس وممن قال بهذا القول مالك وجل اصحابه. والسبب فى اختلافهم انه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السبيلين من غائط وبول وريح ومذى لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق الى ذلك ثلاث احتمالات، أحدها ان يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الاشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله، الاحتمال الثانى ان يكون الحكم انما علق بهذه من جهة انها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث ان

يكون الحكم أيضاً انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القولين الاخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أريد به العام ويكون عند مالك وأصحابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعى وابو حنيفة اتفقا على أن الامر بها هو من باب الخاص أريد به العام واختلفا أى عام هو الذى قصد به فمالك يرجح مذهبه بأن الاصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعى محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الريح الذى يخرج من أسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيها على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الريحين مختلفان فى الصفة والرائحة وأبو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة فى الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكمية فان فيها شبهاً من الطهارة المعنوية أعنى طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ وبما روى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وبما روى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المفهوم من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس وانما اتفق الشافعى وابو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك فرأى أن المرض له ههنا تأثير فى الرخصة قياساً أيضاً على ما روى أيضا من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبى حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف فى هذه الزيادة فيه أعنى الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يثعب دما .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تيقن بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى ان بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا فى الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فقهاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال

من النوم اكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلف الفقهاء فى ذلك فقال مالك من نام مضطجعا اوساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أوقصيرا ومن نام جالسا فلاوضوء عليه الا أن يطول ذلك به . واختلف القول فى مذهبه فى الراكع فمرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعى فقال على كل نائم كيف مانام الوضوء الا من نام جالسا . وقال ابو حنيفة واصحابه لاوضوء الاعلى من نام مضطجعا . واصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة فى ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس فى النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم دخل الى ميمونة فنام عندها حتى سمعنا غطيطه ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا نعس أحدكم فى الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فانه لعله يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وماروى أيضاً ان اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون فى المسجد حتى تخفق رؤسهم ثم يصلون ولايتوضئون وكلها آثار ثابتة . وها هنا أيضاً أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وابينها فى ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك انه قال كنا فى سفر مع النبى صلى الله عليه وسلم فأمرنا الا ننزع خفافنا من غائط وبول ونوم ولا ننزعها الا من جنابة فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذى ، ومنها حديث أبى هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها فى وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليله وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عند من كان عنده المعنى فى قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أى اذا قمتم من النوم على ماروى عن زيد بن اسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيها مذهبين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح أما أسقط وجوب الوضوء من النوم اصلا على ظاهر الاحاديث التى تسقطه وأما اوجبه من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التى توجبه أيضاً أعنى على حسب ماترجح عنده من الاحاديث الموجبة أو من الاحاديث المسقطة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمسقطة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح ما أمكن الجمع عند أكثر الاصوليين . وأما الشافعى فانما حملها على انه استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قدصح ذلك عن الصحابة أعنى انهم كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وأنما أوجبه أبو حنيفة فى النوم فى الاضطجاع فقط لان ذلك ورد فى حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر .

وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينقض الوضوء من حيث كان غالبا سببا للحدث راعى فيه ثلاثة اشياء الاستثقال او الطول او الهيئة فلم يشترط فى الهيئة التى يكون منها خروج الحدث غالبا الا الطول ولا الاستثقال واشترط ذلك فى الهيئات التى لا يكون خروج الحدث منها غالبا.

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء فى ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى ان من لمس امرأة بيده مفضيا اليها ليس بينها وبينه حجاب ولاستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ماوسواء التذ أم لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعى واصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما ومرة ايضا فرق بين ذوات المحارم والزوجة فاوجب الوضوء على من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة او قصد اللذة فى تفصيل لهم فى ذلك وقع بحائل او بغير حائل بأى عضو اتفق ماعدى القبلة فانهم لم يشترطوا اللذة فى ذلك وهو مذهب مالك وجمهور اصحابه. ونفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب ابى حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فانى لا اذكر احداً من الصحابة اشترطها . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس فى كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ومرة تكنى به عن الجماع فذهب قوم الى ان اللمس الموجب للطهارة فى آية الوضوء هو الجماع فى قوله تعالى (اولامستم النساء) وذهب آخرون الى انه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام اريد به الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام اريد به العام فلم يشترط اللذة فيه ومن اشترط اللذة فانما دعاه الى ذلك ماعارض عموم الآية من ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده وربما لمسته وخرج اهل الحديث حديث حبيب بن ابى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : انه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هى الا انت فضحكت قال ابو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه مال ابو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث ايضا من طريق معبد بن نباتة وقال الشافعى ان ثبت حديث معبد بن نباتة فى القبلة لم ارفيها ولا فى اللمس وضوءا . وقد احتج من اوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازا على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالاولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولأولئك ان يقولوا

ان المجاز اذا كثر استعماله كان ادل على المجاز منه على الحقيقة كالحال فى اسم الغائط الذى هو ادل على الحدث الذى هو فيه مجاز منه على المطمئن من الارض الذى هو فيه حقيقة والذى اعتقده ان اللمس وان كانت دلالته على المعنيين بالسواء اوقريبا من السواء انه اظهر عندى فى الجماع وان كان مجازاً لان الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة والمس عن الجماع وهما فى معنى اللمس وعلى هذا التأويل فى الآية يحتج بها فى اجازة التيمم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ماسيأتى بعد وترتفع المعارضة التى بين الآثار والآية على التأويل الآخر واما من فهم من الآية اللمسين معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك انما تقصد به معنى واحدا من المعانى التى يدل عليها الاسم لا جميع المعانى التى يدل عليها وهذا بين بنفسه فى كلامهم.

(المسئلة الرابعة) مس الذكر اختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فمنهم من راى الوضوء فيه كيف مامسه وهو مذهب الشافعى واصحابه واحمد وداود ومنهم من لم يرفيه وضوءاً اصلا وهو ابو حنيفة و صحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين ان يمسه بحال او لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افترقوا فيه فرقا فمنهم من فرق فيه بين ان يلتذ اولا يلتذ ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف اولا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللذة ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك اوجبه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاهرها وهذان الاعتباران مرويان عن اصحاب مالك وكأن اعتبار باطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللذة وفرق قوم فى ذلك بين العمد والنسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع النسيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود واصحابه ورأى قوم ان الوضوء من مسه سنة لا واجب. قال ابو عمر وهذا الذى استقر من مذهب مالك عند اهل المغرب من اصحابه و الرواية عنه فيه مضطربة . وسبب اختلافهم فى ذلك ان فيه حديثين متعارضين احدهما الحديث الوارد من طريق بسرة انها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اذا مس احدكم ذكره فليتوضأ وهو اشهر الاحاديث الواردة فى ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك فى الموطا وصححه يحيى بن معين واحمد بن حنبل وضعفه اهل الكوفة وقد روى ايضا معناه من طريق ام حبيبة وكان احمد بن حنبل يصححه وقد روى ايضا معناه من طريق ابى هريرة وكان ابن السكن ايضا يصححه ولم يخرجه البخارى ولا مسلم ، والحديث الثانى المعارض له حديث طلق بن على قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال يارسول الله ماترى فى مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال:

وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضاً أبو داود والترمذى وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء فى تأويل هذه الاحاديث أحد مذهبين أما مذهب الترجيح أو النسخ وأما مذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أو رآه ناسخا لحديث طلق بن على قال بايجاب الوضوء من مس الذكر ومن رجح حديث طلق بن على اسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام ان يجمع بين الحديثين اوجب الوضوء منه فى حال ولم يوجبه فى حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن على على نفى الوجوب والاحتجاجات التى يحتج بها كل واحد من الفريقين فى ترجيح الحديث الذى رجحه كثيرة يطول ذكرها وهى موجودة فى كتبهم ولكن نكتة اختلافهم هو ما أشرنا اليه .

(المسئلة الخامسة) اختلف الصدر الاول فى ايجاب الوضوء من اكل ما مسته النار لاختلاف الآثار الواردة فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الامصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم انه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه ابوداود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم ان الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزور لثبوت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

(المسئلة السادسة) شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك فى الصلاة لمرسل أبى العالية وهو أن قوما ضحكوا فى الصلاة فأمرهم النبى صلى الله عليه وسلم باعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلا ولمخالفته للاصول وهو ان يكون شئ ماينقض الطهارة فى الصلاة ولا ينقضها فى غير الصلاة وهو مرسل صحيح.

(المسئلة السابعة) وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ. وينبغى ان تعلم ان جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأى نوع كان من قبل اغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعنى انهم رأوا انه اذا كان النوم يوجب الوضوء فى الحالة التى هى سبب للحدث غالباً وهو الاستثقال فأخرى ان يكون ذهاب العقل سببا لذلك فهذه هى مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغى ان نصير الى الباب الخامس .

﴿ الباب الخامس ﴾

وهو معرفة الافعال التى تشترط هذه الطهارة فى فعلها والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتفق المسلمون على ان الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وان كانوا اختلفوا هل هى شرط من شروط الصحة او من شروط الوجوب ولم يختلفوا ان ذلك شرط فى جميع الصلوات الا فى صلاة الجنازة وفى السجود أعنى سجود التلاوة فان فيه خلافا شاذاً . والسبب فى ذلك الاحتمال العارض فى انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب الى ان اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور اشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب الى انه لا ينطلق عليهما اذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضا ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل .

(المسئلة الاولى) هل هذه الطهارة شرط فى مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعى الى انها شرط فى مس المصحف وذهب أهل الظاهر الى انها ليست بشرط فى ذلك . والسبب فى اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسه الا المطهرون) بين ان يكون المطهرون هم بنو آدم وبين ان يكونوا هم الملئكة وبين ان يكون هذا الخبر مفهومه النهى وبين ان يكون خبراً لا نهياً فمن فهم من المطهرين بنى آدم وفهم من الخبر النهى قال لا يجوز ان يمس المصحف الا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال انه ليس فى الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة فى مس المصحف واذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقى الامر على البراءة الاصلية وهى الاباحة . وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبى عليه الصلاة والسلام كتب : لا يمس القرآن الا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس فى وجوب العمل بها لانها مصحفة ورأيت ابن المفوز يصححها اذا رواها الثقات لانها كتاب النبى عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده واهل الظاهر يردونهما ورخص مالك للصبيان فى مس المصحف على غير طهر لانهم غير مكلفين .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى ايجاب الوضوء على الجنب فى أحوال ، أحدها اذا أراد ان ينام وهو جنب فذهب الجمهور الى استحبابه دون وجوبه وذهب اهل الظاهر الى

وجوبه لثبوت ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث عمر انه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تصيبه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضا مروى عنه من طريق عائشة . وذهب الجمهور الى حمل الامر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لمكان عدم مناسبته وجوب الطهارة لارادة النوم أعنى المناسبة الشرعية . وقد احتجوا أيضا لذلك بأحاديث أثبتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام فقالوا ألا نأتيك بطهر فقال : أأصلى فأتوضأ وفى بعض رواياته فقيل له ألا تتوضأ فقال : ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فانه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء الا انه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا فى وجوب الوضوء على الجنب الذى يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذى يريد ان يعاود أهله فقال الجمهور فى هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الاشياء . وذلك ان الطهارة انما فرضت فى الشرع لأحوال التعظيم كالصلاة وأيضا فلمكان تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه أمر الجنب اذا أراد ان يعاود اهله أن يتوضأ وروى عنه انه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه اباحة ذلك .

(المسئلة الثالثة) ذهب مالك والشافعى الى اشتراط الوضوء فى الطواف وذهب ابو حنيفة الى اسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين ان يلحق حكمه بحكم الصلاة أو لا يلحق وذلك انه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كما منعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء فى بعض الآثار تسمية الطواف صلاة وحجة ابى حنيفة انه ليس كل شئ منعه الحيض فالطهارة شرط فى فعله اذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

(المسئلة الرابعة) ذهب الجمهور الى انه يجوز لغير متوضى ان يقرا القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له الا ان يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان . احدهما حديث ابى جهم قال اقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من نحو بئر جمل فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى اقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه الصلاة والسلام السلام . والحديث الثانى حديث على ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شئ الا الجنابة فصار الجمهور الى ان الحديث الثانى ناسخ للاول وصار من اوجب الوضوء لذكر الله الى ترجيح الحديث الاول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل فى هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة مابه تفعل وهو الماء المطلق فى ثلاثة ابواب ، الباب الاول فى معرفة العمل فى هذه الطهارة ، والثانى فى معرفة نواقض هذه الطهارة ، والباب الثالث فى معرفة احكام نواقض هذه الطهارة . فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف فى ذلك وكذلك لا خلاف فى وجوبها ودلائل ذلك هى دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك احكام المياه قد تقدم القول فيها.

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب يتعلق به اربع مسائل ، المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال فى طهارة اعضاء الوضوء ام يكفى فيها افاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على ان افاضة الماء كافية فى ذلك وذهب مالك وجل اصحابه والمزنى من اصحاب الشافعى الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد . والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة فى صفة الغسل لقياس الغسل فى ذلك على الوضوء وذلك ان الاحاديث الثابتة التى وردت فى صفة غسله عليه الصلاة السلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها افاضة الماء فقط ففى حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بيمينه على شماله فيغسل فرجه ثم يتوضا وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل اصابعه فى اصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم يفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة فى حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه اخر غسل رجليه من اعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفى حديث ام سلمة ايضا وقد سألته عليه الصلاة والسلام هل تنقض ضفر رأسها الغسل الجنابة فقال عليه الصلاة السلام: انما يكفيك ان تحثى على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيضى عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو اقوى فى اسقاط التدلك من تلك الأحاديث الأخر لانه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطهره قد ترك التدلك واما هنا فانما حصر لها شروط الطهارة ولذلك اجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هى اكمل صفاتها وان ماورد

فى حديث ام سلمة من ذلك فهو من اركانها الواجبة وان الوضوء فى اول الطهر ليس من شرط الطهر الا خلافاً شاذا روى عن الشافعى وفيه قوة من جهة ظواهر الاحاديث وفى قول الجمهور قوة من جهة النظر لان الطهارة ظاهر من امرها انها شرط فى صحة الوضوء لا الوضوء شرط فى صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث وطريقة الشافعى تغليب ظاهر الاحاديث على القياس فذهب قوم كما قلنا الى ظاهر الاحاديث وغلبوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الاحاديث فأوجبوا التدلك كالحال فى الوضوء فمن رجح القياس صار الى ايجاب التدلك ومن رجح ظاهر الاحاديث على القياس صار الى اسقاط التدلك واعنى بالقياس قياس الطهر على الوضوء واما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف اذ كان اسم الطهر والغسل ينطلق فى كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفو اهل من شروط هذ الطهارة النية ام لا كاختلافهم فى الوضوء فذهب مالك والشافعى واحمد وابو ثور وداود واصحابه الى ان النية من شروطها وذهب ابو حنيفة واصحابه والثورى الى انها تجزى بغير نية كالحال فى الوضوء عندهم . وسبب اختلافهم فى الطهر هو بعينه سبب اختلافهم فى الوضوء . وقد تقدم ذلك .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق فى هذه الطهارة ايضا كاختلافهم فيهما فى الوضوء اعنى هل هما واجبان فيها أم لا فذهب قوم الى انهما غير واجبين فيها وذهب قوم الى وجوبهما وممن ذهب الى عدم وجوبهما مالك والشافعى وممن ذهب الى وجوبهما ابو حنيفة واصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ام سلمة للاحاديث التى نقلت من صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام فى طهره وذلك ان الاحاديث التى نقلت من صفة وضوءه فى الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه امر لا بمضمضة ولا باستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسراً لمجمل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان كنتم جنباً فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضاً جمع بينهما بان حمل حديثى عائشة وميمونة على الندب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى تخليل الرأس هل هو واجب فى هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك انه مستحب ومذهب غيره انه واجب وقد عضد مذهبه من أوجب التخليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : تحت كل شعرة جنابة فانقوا البشر وبلوا الشعر .

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة الفور والترتيب أم ليسا من شرطها

كاختلافهم من ذلك فى الوضوء . وسبب اختلافهم فى ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام محمول على الوجوب او على الندب فانه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام انه توضأ قط الامر تبا متواليا وقد ذهب قوم الى ان الترتيب فى هذه الطهارة ابين منها فى الوضوء وذلك بين الرأس وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث أم سلمة : انما يكفيك ان تحثى على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضى الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلاخلاف بين اهل اللغة .

﴿ الباب الثانى فى معرفة النواقض لهذه الطهارة ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) . وقوله (ويسئلونك عن المحيض قل هو اذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين احدها خروج المنى على وجه الصحة فى النوم او فى اليقظة من ذكر كان او انثى الا ماروى عن النخعى من انه كان لايرى على المرأة غسلا من الاحتلام وانما اتفق الجمهور على مساواة المرأة فى الاحتلام للرجل لحديث ام سلمة الثابت انها قالت يارسول الله المرأة ترى فى المنام مثل مايرى الرجل هل عليها غسل قال : نعم اذا رأت الماء واما الحدث الثانى الذى اتفقوا ايضا عليه فهو دم الحيض اعنى اذا انقطع وذلك ايضا لقوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض لعائشة وغيرها من النساء واختلفوا فى هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول فى مسئلتين مشهورتين .

(المسئلة الاولى) اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى سبب ايجاب الطهر من الوطء فمنهم من رأى الطهر واجباً فى التقاء الختانين انزل أولم ينزل وعليه اكثر فقهاء الامصار مالك واصحابه والشافعى واصحابه وجماعة من اهل الظاهر . وذهب قوم من اهل الظاهر الى ايجاب الطهر مع الانزال فقط . والسبب فى اختلافهم فى ذلك تعارض الاحاديث فى ذلك لانه ورد فى ذلك حديثان ثابتان اتفق اهل الصحيح على تخريجهما (قال) القاضى رضى الله عنه ومتى قلت ثابت فانما اعنى به ما اخرجه البخارى أومسلم أو ما اجتمعا عليه. احدهما حديث ابى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: اذا قعد بين شعبها الاربع والزق الختان بالختان فقد وجب الغسل والحديث الثانى حديث عثمان انه سئل فقيل له أرأيت الرجل اذا جامع أهله ولم يمن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب العلماء فى هذين الحديثين مذهبين ، احدهما مذهب النسخ، والثانى مذهب الرجوع

الى ماعليه الاتفاق عند التعارض الذى لايمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا ان حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ماروى عن أبى بن كعب انه قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما جعل ذلك رخصة فى اول الاسلام ثم امر بالغسل خرجه ابوداود واما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لايمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ماعليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبى هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعة ورجح الجمهور ذلك ايضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرجه مسلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى الصفة المعتبرة فى كون خروج المنى موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة فى ذلك وذهب الشافعى الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم فى ذلك هو شيئان، احدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة ام ليس ينطلق عليه فمن رأى انه انما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر فى خروجه من غير لذة ومن رأى انه ينطلق على خروج المنى كيفما خرج أوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة ، والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم فى خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهرا ام ليس يوجبه فسنذكره فى باب الحيض وان كان من هذا الباب وفى المذهب فى هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من اصل مجاريه بلذة ثم خرج فى وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجامع بعد ان يتطهر فقيل يعيد الطهر وقيل لايعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج صحبته اللذة فى بعض نقلته ولم تصحبه فى بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لايجب عليه طهر.

﴿ الباب الثالث فى احكام هذين الحدثين اعنى الجنابة والحيض ﴾

اما احكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء فى دخول المسجد للجنب على ثلاثة اقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك واصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعابر فيه لا مقيم ومنهم الشافعى وقوم اباحوا ذلك للجميع ومنهم داود واصحابه فيما احسب . وسبب اختلاف الشافعى

واهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتقربوا الصلاة وانتم سكارى) الآية بين ان يكون فى الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة اى لاتقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهى عن قرب موضع الصلاة وبين الا يكون هنالك محذوف اصلا وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذى عدم الماء وهو جنب فمن رأى ان فى الآية محذوفا اجاز المرور للجنب فى المسجد ومن لم ير ذلك لم يكن عنده فى الآية دليل على منع الجنب الاقامة فى المسجد واما من منع العبور فى المسجد فلا اعلم له دليلا الا ظاهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا أحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند اهل الحديث واختلافهم فى الحائض فى هذا المعنى هو اختلافهم فى الجنب .

(المسئلة الثانية) مس الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا ان يمسه غير متوضئ . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم فى منع غير المتوضئ ان يمسه اعنى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف فى الاية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم فى منع الحائض مسه .

(المسئلة الثالثة) قراءة القرآن للجنب اختلف الناس فى ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى اباحته . والسبب فى ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال : كان عليه الصلاة والسلام لا يمنعه من قراءة القرآن شئ الا الجنابة وذلك ان قوما قالوا ان هذا لا يوجب شيئا لانه ظن من الراوى ومن اين يعلم احد ان ترك القراءة كان لموضع الجنابة الا لو اخبره بذلك والجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض فى هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحسانا لطول مقامها حائضا وهو مذهب مالك فهذه هى احكام الجنابة . (واما احكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر فى ثلاثة ابواب ، الاول معرفة انواع الدماء الخارجة من الرحم ، والثانى معرفة العلامات التى تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر او الاستحاضة والاستحاضة ايضاً الى الطهر والثالث معرفة احكام الحيض والاستحاضة اعنى موانعهما وموجباتهما ونحن نذكر فى كل باب من هذه الابواب الثلاثة من المسائل ما يجرى مجرى القواعد والاصول لجميع ما فى هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق المسلمون على ان الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة ، دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام . انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد .

﴿ الباب الثانى ﴾

اما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك فى الاكثر تنبنى على معرفة ايام الدماء المعتادة وايام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول وهى سبع مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلف العلماء فى اكثر ايام الحيض واقلها واقل ايام الطهر فروى عن مالك ان اكثر ايام الحيض خمسة عشر يوما وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة اكثره عشرة ايام واما اقل ايام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضا الا انه لا يعتد بها فى الاقراء فى الطلاق وقال الشافعى اقله يوم وليلة وقال ابو حنيفة اقله ثلاثة ايام واما اقل الطهر فاضطربت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة ايام وروى عنه ثمانية ايام وروى خمسة عشر يوماً والى هذه الرواية مال البغداديون من اصحابه وبها قال الشافعى وابو حنيفة وقيل سبعة عشر يوماً وهو اقصى ما انعقد عليه الاجماع فيما احسب . واما اكثر الطهر فليس له عندهم حد واذا كان هذا موضوعا من اقاويلهم فمن كان لاقل الحيض عنده قدر معلوم وجب ان يكون ما كان اقل من ذلك القدر اذا ورد فى سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لاقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان ايضا عنده لاكثره محدودا وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة . ولكن محصل مذهب مالك فى ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية اول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوماً فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعى الا ان مالكا قال تصلى من حين تتيقن الاستحاضة وعند الشافعى انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا اقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد ايام لداتها ثم تستظهر بثلاثة ايام فان لم ينقطع الدم فهى مستحاضة واما المعتادة ففيها روايتان عن مالك ، احداهما البناء على عادتها

وزيادة ثلاثة ايام مالم تتجاوز اكثر مدة الحيض ، والثانية جلوسها الى انقضاء اكثر مدة الحيض او تعمل على التميز انكانت من اهل التميز وقال الشافعى تعمل على ايام عادتها وهذه الاقاويل كلها المختلف فيها عند الفقهاء فى اقل الحيض واكثره واقل الطهر لا مستند لها الا التجربة والعادة وكل انما قال من ذلك ماظن ان التجربة اوقفته على ذلك ولاختلاف ذلك فى النساء عسر ان يعرف بالتجربة حدود هذه الاشياء فى اكثر النساء ووقع فى ذلك هذا الخلاف الذى ذكرنا وانما اجمعوا بالجملة على ان الدم اذ اتمادى اكثر من مدة اكثر الحيض انه استحاضة لقول رسول الله عليه وسلم الثابت لفاطمة بنت حبيش : فاذا اقبلت الحيضة فاتركى الصلاة و اذا ذهبت قدرها فاغسلى عنك الدم وصلى والمتجاوزة لأمدا كثر ايام الحيض قدذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعى ومالك رحمه الله فى المعتادة فى احدى الروايتين عنه الى انها تبنى على عادتها لحديث ام سلمة الذى رواه فى الموطا ان امراة كانت تهراق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها ام سلمة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال. لتنظر الى عدد الليالى والايام التى كانت تحيضهن من الشهر قبل ان يصيبها الذى اصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستتر بثوب ثم لتصل فالحقوا حكم الحائض التى تشك فى الاستحاضة بحكم المستحاضة التى تشك فى الحيض وانما رأى ايضا فى المبتدأة ان يعتبر ايام لداتها لان ايام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمهما واحداً . واما الاستظهار الذى قال به مالك بثلاثة ايام فهو شئ انفرد به مالك واصحابه رحمهم الله وخالفهم فى ذلك جميع فقهاء الامصار ماعدى الاوزاعى اذلم يكن لذلك ذكر فى الاحاديث الثابتة وقد روى فى ذلك اثر ضعيف .

(المسئلة الثانية) ذهب مالك واصحابه فى الحائض التى تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى انها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلغى أيام الطهر وتغتسل فى كل يوم ترى فيه الطهر أول ماتراه وتصلى فانها لاتدرى لعل ذلك طهر فاذا اجتمع لها من أيام الدم خمسة عشر يوما فهى مستحاضة وبهذا القول قال الشافعى وروى عن مالك ايضا انها تلفق أيام الدم وتعتبر بذلك ايام عادتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع الدم والا فهى مستحاضة وجعل الايام التى لاترى فيها الدم غير معتبرة فى العدد لا معنى له فانه لا تخلو تلك الايام ان تكون ايام حيض او ايام طهر فان كانت ايام حيض فيجب ان تلفقها الى ايام الدم وان كانت ايام طهر فليس يجب ان تلفق أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذى يجئ على اصوله انها ايام حيض لا ايام طهر اذ اقل الطهر عنده محدود وهو اكثر من اليوم واليومين

فتدبر هذا فانه بين ان شاالله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجرى ثم ينقطع يوما او يومين ثم يعود حتى تنقضى ايام الحيض اوايام النفاس كما تجرى ساعة اوساعتين من النهار ثم ينقطع .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى اقل النفاس واكثره فذهب مالك الى انه لاحد لا قله وبه قال الشافعى وذهب ابو حنيفة وقوم الى انه محدود فقال ابو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال ابو يوسف صاحبه احد عشر يوما وقال الحسن البصرى عشرون يوما. واما اكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء. واصحابه ثابتون على القول الاول وبه قال الشافعى واكثر اهل العلم من الصحابة على ان اكثره اربعون يوما وبه قال ابو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة فى ذلك ايام اشباهها من النساء فاذا جاوزتها فهى مستحاضة وفرق قوم بين ولادة الذكر وولادة الانثى فقالوا للذكر ثلاثون يوما وللانثى اربعون يوما .

وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لاختلاف احوال النساء فى ذلك ولانه ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال فى اختلافهم فى ايام الحيض والطهر .

(المسئلة الرابعة) اختلف الفقهاء قديما وحديثاً هل الدم الذى ترى الحامل هو حيض ام استحاضة فذهب مالك والشافعى فى اصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب ابو حنيفة واحمد والثورى وغيرهم الى ان الحامل لاتحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد وعلة الا ان يصيبها الطلق فانهم اجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض فى منعه الصلاة وغير ذلك من احكامه ولمالك واصحابه فى معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تمادى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة اقوال مضطربة ، احدها ان حكمها حكم الحائض نفسها اعنى اما ان تقعد اكثر ايام الحيض ثم هى مستحاضة واما ان تستظهر على ايامها المعتادة بثلاثة ايام مالم يكن مجموع ذلك اكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقعد حائضا ضعف اكثر ايام الحيض وقيل انها تضعف اكثر ايام الحيض بعدد الشهور التى مرت لها ففى الشهر الثانى من حملها تضعف ايام اكثر الحيض مرتين وفى الثالث ثلاث مرات وفى الرابع اربع وكذلك مازادت الاشهر . وسبب اختلافهم فى ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة يكون الدم الذى تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافرة والجنين صغيراً وبذلك امكن ان يكون حمل على حمل على ماحكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذى تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها فى الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو فى الاكثر دم علة .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف الفقهاء فى الصفرة والكدرة هل هى حيض ام لا فرات جماعة انها حيض فى ايام الحيض وبه قال الشافعى وابو حنيفة وروى مثل ذلك عن مالك وفى المدونة عنه ان الصفرة والكدرة حيض فى ايام الحيض وفى غير ايام الحيض رات ذلك مع الدم اولم تره . وقال داود وابو يوسف ان الصفرة والكدرة لا تكون حيضة الا بأثر الدم . والسبب فى اختلافهم مخالفة ظاهر حديث ام عطية لحديث عائشة وذلك انه روى عن ام عطية انها قالت : كنا لا نعد الصفرة والكدرة بعد الغسل شيأ وروى عن عائشة أن النساء كن يبعثن اليها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة والكدرة من دم الحيض يسئلنها عن الصلاة فتقول : لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء فمن رجح حديث عائشة جعل الصفرة والكدرة حيضا سواء طهرت فى أيام الحيض أو فى غير أيامه مع الدم أو بلا دم فان حكم الشىء الواحد فى نفسه ليس يختلف ومن رام الجمع بين الحديثين قال ان حديث أم عطية هو بعد انقطاع الدم وحديث عائشة فى أثر انقطاعه أو أن حديث عائشة هو فى أيام الحيض وحديث أم عطية فى غير أيام الحيض وقد ذهب قوم الى ظاهر حديث أم عطية ولم يروا الصفرة ولا الكدرة شيئاً لا فى أيام حيض ولا فى غيرها ولا بأثر الدم ولا بعد انقطاعه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: دم الحيض دم اسود يعرف ولان الصفرة والكدرة ليست بدم وانما هى من سائر الرطوبات التى ترخيها الرحم وهو مذهب أبى محمد بن حزم.

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختلف الفقهاء فى علامة الطهر فرأى قوم أن علامة الطهر رؤية القصة البيضاء أو الجفوف وبه قال ابن حبيب من أصحاب مالك وسواء كانت المرأة ممن عادتها أن تطهر بالقصة البيضاء أو بالجفوف أى ذلك رأت طهرت به وفرق قوم فقالوا ان كانت المرأة ممن ترى القصة البيضاء فلا تطهر حتى تراها وان كانت ممن لا تراها فطهرها الجفوف وذلك فى المدونة عن مالك * وسبب اختلافهم أن منهم من راعى العادة ومنهم من راعى انقطاع الدم فقط وقد قيل ان التى عادتها الجفوف تطهر بالقصة البيضاء ولا تطهر التى عادتها القصة البيضاء بالجفوف وقد قيل بعكس هذا وكله لأصحاب مالك .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ اختلف الفقهاء فى المستحاضة اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم الحائض كما اختلفوا فى الحائض اذا تمادى بها الدم متى يكون حكمها حكم المستحاضة وقد تقدم ذلك فقال مالك فى المستحاضة أبداً حكمها حكم الطاهرة الى ان يتغير الدم الى صفة الحيض وذلك اذا مضى لاستحاضتها من الايام ما هو أكثر من أقل أيام الطهر فحينئذ تكون حائضا أعنى اذا اجتمع لها هذان الشيئان تغير الدم وأن يمر لها فى الاستحاضة من الايام ما يمكن ان يكون

طهراً والا فهى مستحاضة ابداً . وقال ابو حنيفة تقعد ايام عادتها ان كانت لها عادة وان كانت مبتدأة قعدت اكثر الحيض وذلك عنده عشرة ايام وقال الشافعى تعمل على التمييز ان كانت من اهل التمييز وان كانت من اهل العادة عملت على العادة وان كانت من اهلهما معا فله فى ذلك قولان، احدهما تعمل على التمييز، والثانى على العادة. والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك حديثين مختلفين، احدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت ابى حبيش ان النبى عليه الصلاة والسلام امرها وكانت مستحاضة ان تدع الصلاة قدر أيامها التى كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذى أصابها ثم تغتسل وتصلى وفى معناه أيضاً حديث أم سلمة المتقدم الذى خرجه مالك والحديث الثانى ما خرجه ابو داود من حديث فاطمة بنت أبى حبيش انها كانت استحيضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان دم الحيضة أسود يعرف فاذا كان ذلك فامكثى عن الصلاة واذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث ام سلمة وما ورد فى معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الايام فقط فى الحائض التى تشك فى الاستحاضة ولم يعتبرها فى المستحاضة التى تشك فى الحيض أعنى لا عددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء فى المستحاضة التى تشك فى الحيض فاعتبر الحكم فى الفرع ولم يعتبره فى الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبى حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهرا من أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو فى التى تعرف عدد أيامها من الشهر وموضعها والثانى فى التى لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التمييز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أو لا تعرف عددها انها تحرى على حديث حمنة بنت جحش صححه الترمذى وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : انما هى ركضة من الشيطان فتحيضى ستة أيام أو سبعة أيام فى علم الله ثم اغتسلى وسيأتى الحديث بكماله بعد عند حكم المستحاضة فى الطهر فهذه هى مشهورات المسائل التى فى هذا الباب وهى بالجملة واقعة فى أربعة مواضع ، أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض ، والثانى معرفة انتقال الحيض الى الطهر ، والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة ، والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذى وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فمسكوت عنها أعنى عن تحديدها وكذلك الامر فى انتقال النفاس الى

الاستحاضة .

(الباب الثالث) وهو معرفة احكام الحيض والاستحاضة والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ويسئلونك عن المحيض) الآية والاحاديث الواردة فى ذلك التى سنذكرها واتفق المسلمون على ان الحيض يمنع اربعة اشياء ، احدها فعل الصلاة ووجوبها اعنى انه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم ، والثانى انه يمنع فعل الصوم لا قضاءه وذلك لحديث عائشة الثابت انها قالت : كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وانما قال بوجوب القضاء عليها طائفة من الخوارج ، والثالث فيما احسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين امرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تفعل كل مايفعل الحاج غير الطواف بالبيت ، والرابع الجماع فى الفرج لقوله تعالى (فاعتزلوا النساء فى المحيض) الآية . واختلفوا من احكامها فى مسائل نذكر منها مشهوراتها وهى خمس.

(المسئلة الاولى) اختلف الفقهاء فى مباشرة الحائض ومايستباح منها فقال مالك والشافعى وابو حنيفة له منها مافوق الازار فقط وقال سفيان الثورى وداود الظاهرى انما يجب عليه ان يجتنب موضع الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك والاحتمال الذى فى مفهوم آية الحيض وذلك انه ورد فى الاحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وام سلمة انه عليه الصلاة والسلام : كان يأمر اذا كانت احداهن حائضا ان تشد عليها ازارها ثم يباشرها وورد ايضا من حديث ثابت بن قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال اصنعوا كل شئ بالحائض الا النكاح وذكر ابو داود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهى حائض : اكشفى عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذى وحنيت عليه حتى دفى وكان قد اوجعه البرد واما الاحتمال الذى فى آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو اذى فاعتزلوا النساء فى المحيض) بين ان يحمل على عمومه الا ماخصصه الدليل او ان يكون من باب العام اريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو اذى) والاذى انما يكون فى موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم اعنى انه اذا كان الواجب عنده ان يحمل هذا القول على عمومه حتى يخصصه الدليل استثنى من ذلك مافوق الازار بالسنة اذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الاصوليين ومن كان عنده من باب العام اريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الازار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الازار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذى نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه اذى فحمل احاديث المنع لما تحت الازار

على الكراهية واحاديث الاباحة ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شئ نجس الا موضع الدم وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة ان تناوله الخمرة وهى حائض فقالت انى حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ان حيضتك ليست فى يدك ومائبت ايضا من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهى حائض وقوله عليه الصلاة والسلام : ان المؤمن لا ينجس .

(المسئلة الثانية) اختلفوا فى وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعى والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب ابو حنيفة واصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لاكثر امد الحيض وهو عنده عشرة ايام وذهب الاوزاعى الى انها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها اعنى كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال ابو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى (فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله) هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض ام الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء هل المراد به طهر جميع الجسد ام طهر الفرج فان الطهر فى كلام العرب وعرف الشرع اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعانى وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة التفعل انما تنطلق على مايكون من فعل المكلفين لا على مايكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهرن) اظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم والاظهر يجب المصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح ابو حنيفة مذهبه بأن لفظ يفعلن فى قوله تعالى (حتى يطهرن) هو اظهر فى الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض منه فى التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر فى قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعانى الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن او مما يعسر ان يجمع فى الاية بين معنيين من هذه المعانى مختلفين حتى يفهم من لفظة يطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ماجرت به عادة المالكيين فى الاحتجاج لمالك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هى مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقربوهن حتى يطهرن) على انه النقاء وقوله (فاذا تطهرن) على انه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم فى كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقربوهن حتى يطهرن وتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث امركم الله وفى تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل

ظهور لفظ التطهر فى معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف فى الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد هاهنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه واعنى بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن فى الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف فى الآية ان احب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعنى اما الا يقدر فى الآية حذفا ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء او يقدر فى الاية حذفا ويحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن فى الاغتسال وظهور لفظ تطهرن فى النقاء فأى كان عنده أظهر أيضا صرف تأويل اللفظ الثانى له وعمل على انهما يدلان فى الآية على معنى واحد أعنى اما على معنى النقاء واما على معنى الاغتسال بالماء وليس فى طباع النظر الفقهى ان ينتهى فى هذه الاشياء الى أكثر من هذا فتأمله وفى مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل مجتهد مصيب وأما اعتبار أبى حنيفة أكثر الحيض فى هذه المسئلة فضعيف .

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء فى الذى يأتى امرأته وهى حائض فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شئ عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينارا وبنصف دينار وقالت فرقة من أهل الحديث ان وطئ فى الدم فعليه دينار وان وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار. وسبب اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى صحة الاحاديث الواردة فى ذلك أو وهيها وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الذى يأتى امرأته وهى حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضاً فى حديث ابن عباس هذا انه ان وطئ فى الدم فعليه دينار وان وطئ فى انقطاع الدم فنصف دينار وروى فى هذا الحديث يتصدق بخمسى دينار وبه قال الاوزاعى فمن صح عنده شئ من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنده شئ منها وهم الجمهور عمل على الاصل الذى هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فى المستحاضة فقوم أوجبوا عليها طهرا واحداً فقط وذلك عندما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التى تقدمت على حسب مذهب هؤلاء فى تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهرا واحداً انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهرا واحدا فقط هم مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الامصار

وأكثر هؤلاء اوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها الا استحبابا وهو مذهب مالك وقوم آخرون غير هؤلاء رأوا ان على المستحاضة ان تتطهر لكل صلاة وقوم رأوا ان الواجب ان تؤخر الظهر الى اول العصر ثم تتطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب الى آخر وقتها واول وقت العشاء وتتطهر طهرا ثانياً وتجمع بينهما ثم تتطهر طهرا ثالثا لصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة اطهار فى اليوم والليلة وقوم رأوا ان عليها طهرا واحداً فى اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحد له وقتاً وهو مروى عن على ومنهم من رأى ان تتطهر من طهر الى طهر فيتحصل فى المسئلة بالجملة أربعة اقوال ، قول انه ليس عليها الا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض ، وقول ان عليها الطهر لكل صلاة ، وقول ان عليها ثلاثة اطهار فى اليوم والليلة ، وقول ان عليها طهرا واحداً فى اليوم والليلة . والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة فى ذلك وذلك ان الوارد فى ذلك من الأحاديث المشهورة أربعة احاديث واحد منها متفق على صحته و ثلاثة مختلف فيها اما المتفق على صحته فحديث عائشة قالت جاءت فاطمة ابنة ابى حبيش الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله انى امرأة استحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام: لا انما ذلك عرق وليست بالحيضة فاذا اقبلت الحيضة فدعى الصلاة واذا أدبرت فاغسلى عنك الدم وصلى وفى بعض روايات هذا الحديث وتوضئى لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخارى ولا مسلم وخرجها ابو داود وصححها قوم من اهل الحديث والحديث الثانى حديث عائشة عن ام حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمان بن عوف انها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا اسنده اسحاق عن الزهرى واما سائر اصحاب الزهرى فانما رووا عنه انها استحيضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها: انما هو عرق وليست بالحيضة وامرها ان تغتسل وتصلى فكانت تغتسل لكل صلاة على ان ذلك هو الذى فهمت منه لا ان ذلك منقول عن لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا الطريق خرجه البخارى. واما الثالث فحديث اسماء ابنة عميس انها قالت يارسول الله ان فاطمة ابنة ابى حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لتغتسل للظهر والعصر غسلا واحداً وللمغرب والعشاء غسلا واحداً وتغتسل للفجر وتتوضأ فيما بين ذلك خرجه ابو داود وصححه ابو محمد بن حزم. واما الرابع فحديث حمنة ابنة جحش وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين ان تصلى الصلوات بطهر واحد عندما ترى انه قد انقطع دم الحيض وبين ان تغتسل فى اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث اسماء بنت عميس الا ان هنالك ظاهره

على الوجوب وهنا على التخيير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء فى تأويلها اربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق بين الجمع والبناء ان البانى ليس يرى ان هنالك تعارضا فيجمع بين الحديثين واما الجامع فهو يرى ان هنالك تعارضا فى الظاهر فتامل هذا فانه فرق بين . امامن ذهب مذهب الترجيح فمن اخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره اعنى من انه لم يأمرها صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب والى هذا ذهب مالك وابو حنيفة والشافعى واصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو الامر بالوضوء لكل صلاة اوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك عليها وأما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث ام حبيبة الذى من رواته ابن اسحاق تعارض اصلا وان الذى فى حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على ما فى حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحيضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه بوجوب الطهر اصلا لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفى حديث ام حبيبة امرها بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور ان يقولوا ان تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فلو كان واجباً عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد ان يدعى مدع انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض واما تركه عليه الصلاة والسلام اعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فضمن فى قوله انها ليست بالحيضة لانه كان معلوما من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب الغسل فاذاً انما لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك فى وجوب الطهر لكل صلاة الا ان يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد فيتطرق الى ذلك المسئلة المشهورة هل الزيادة نسخ أم لا وقد روى فى بعض طرق حديث فاطمة امره عليه الصلاة والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأما من ذهب مذهب النسخ فقال ان حديث اسماء بنت عميس ناسخ لحديث ام حبيبة واستدل على ذلك بما روى عن عائشة ان سهلة ابنة سهيل استحيضت وان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما اجهدها ذلك امرها ان تجمع بين الظهر والعصر فى غسل واحد والمغرب والعشاء فى غسل واحد وتغتسل ثالثاً للصبح . واما الذين ذهبوا مذهب الجمع

فقالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التى تعرف ايام الحيض من ايام الاستحاضة وحديث ام حبيبة محمول على التى لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر فى كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة يحتمل ان تكون طهرت فيجب عليها ان تغتسل لكل صلاة . وأما حديث اسماء ابنة عميس فمحمول على التى لا تتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها فى اوقات فهذه اذا انقطع عنها الدم وجب عليها ان تغتسل وتصلى بذلك الغسل صلاتين . وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثى ام حبيبة واسماء واحتجوا لذلك بحديث حمنة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء ، منهم من قال ان المخيرة هى التى لا تعرف ايام حيضتها ، ومنهم من قال بل هى المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت اوغير عارفة وهذا هو قول خامس فى المسئلة الا ان الذى فى حديث حمنة ابنة جحش انما هو التخيير بين ان تصلى الصلوات كلها بطهر واحد و بين ان تتطهر فى اليوم والليلة ثلاث مرات واما من ذهب الى ان الواجب ان تتطهر فى كل يوم مرة واحدة فلعله انما اوجب ذلك عليها لمكان الشك ولست اعلم فى ذلك اثراً .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى جواز وطء المستحاضة على ثلاثة اقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذى عليه فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروى عن عائشة وبه قال النخعى والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها الا ان يطول ذلك بها وبهذا القول قال أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هى رخصة لمكان تأكيد وجوب الصلاة ام انما ابيحت لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يجز لزوجها ان يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهى بالجملة مسئلة مسكوت عنها واما التفريق بين الطول ولا طول فاستحسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة ابواب ، الباب الاول فى معرفة الطهارة التى هذه الطهارة بدل منها ، الثانى فى معرفة من تجوز له هذه الطهارة ، الثالث فى معرفة شروط جواز هذه الطهارة ، الرابع فى صفة هذه الطهارة ، الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة ، السادس فى نواقض هذه الطهارة ، السابع فى الاشياء التى هذه الطهارة شرط فى صحتها اوفى استباحتها .

الباب الاول

اتفق العلماء على ان هذه الطهارة هى بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا فى الكبرى فروى عن عمر و ابن مسعود انهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان علىّ وغيره من الصحابة يرون ان التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء . والسبب فى اختلافهم الاحتمال الوارد فى آية التيمم وانه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب اما الاحتمال الوارد فى الآية فلان قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل ان يعود الضمير الذى فيه على المحدث حدثا اصغر فقط ويحتمل ان يعود عليهما معاً لكن من كانت الملامسة عنده فى الآية الجماع فالاظهر انه عائد عليهما معاً ومن كانت الملامسة عنده هى اللمس باليد اعنى فى قوله تعالى (اولا مستم النساء) فالاظهر انه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا اصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحمل ابداً عودها على اقرب مذكور الا ان يقدر فى الآية تقديماً وتأخيراً حتى يكون تقديرها هكذا يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة او جاء احد منكم من الغائط اولامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وايديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وارجلكم الى الكعبين وان كنتم جنباً فاطهروا وان كنتم مرضى اوعلى سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً ومثل هذا ليس ينبغى ان يصار اليه الا بدليل فان التقديم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة اولى من حمله على المجاز وقد يظن ان فى الآية شيأ يقتضى تقديما وتأخيراً وهو ان حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج اليه اذا قدرت او ههنا بمعنى الواو وذلك موجود فى كلام العرب فى مثل قول الشاعر

وكان سيان الايسرحوا نعما ❊ اويسرحوه بها واغبرت السرح

فانه انما يقال سيان زيد وعمرو وهذا هو احد الاسباب التى اوجبت الخلاف فى هذه المسئلة واما ارتيابهم فى الآثار التى وردت فى هذا المعنى فبين مما خرجه البخارى ومسلم ان رجلا اتى عمر رضى الله عنه فقال اجنبت فلم اجد الماء فقال لا تصل فقال عمار أما تذكر يا امير المؤمنين اذ انا وانت فى سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما انت فلم تصل واما انا فتمعكت فى التراب فصليت فقال النبى صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك ان تضرب بيديك ثم تنفخ فيهما ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم احدث به وفى بعض الروايات انه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وابى موسى فقال ابو موسى يا ابا عبد الرحمن أرأيت لو

ان رجلا اجنب فلم يجد الماء شهراً كيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لا يتيمم وان لم يجد الماء شهراً فقال ابو موسى فكيف بهذه الآية فى سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) فقال عبد الله لو رخص لهم فى هذه الآية لاوشك اذا برد عليهم الماء ان يتيمموا بالصعيد فقال ابو موسى لعبد الله الم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله الم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا ان ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخارى وان نسيان عمر ليس مؤثراً فى وجوب العمل بحديث عمار وايضاً فانهم استدلوا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض مسجدا وطهورا واما حديث عمران بن الحصين فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم فقال : يافلان اما يكفيك ان تصلى مع القوم فقال يارسول الله اصابتنى جنابة ولا ماء فقال عليه الصلاة والسلام : عليك بالصعيد فانه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء ان يطأ اهله ام لا يطؤها اعنى من يجوز للجنب التيمم .

الباب الثانى

واما من تجوز له هذه الطهارة فأجمع العلماء انها تجوز لاثنين للمريض وللمسافر اذا عدما الماء واختلفوا فى اربع فى المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفى الحاضر يعدم الماء وفى الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول اليه خوف وفى الذى يخاف من استعماله من شدة البرد . فاما المريض الذى يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذى يخاف الهلاك او المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذى يخاف من الخروج الى الماء الا ان معظمهم اوجب عليه الاعادة اذا وجد الماء . وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غير المريض اذا وجد الماء . واما الحاضر الصحيح الذى يعدم الماء فذهب مالك والشافعى الى جواز التيمم له وقال ابو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وان عدم الماء . وسبب اختلافهم فى هذه المسائل الاربع التى هى قواعد هذا الباب . اما فى المريض الذى يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل فى الآية محذوف مقدر فى قوله تعالى (وان كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى ان فى الآية حذفا وان تقدير الكلام وان كنتم مرضى لا تقدرون على استعمال الماء وان الضمير فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء انما يعود على المسافر فقط اجاز التيمم للمريض الذى يخاف من استعمال الماء ومن رأى ان الضمير فى لم تجدوا ماء يعود على

المريض والمسافر معاً وانه ليس فى الآية حذف لم يجز للمريض اذا وجد الماء التيمم. واما سبب اختلافهم فى الحاضر الذى يعدم الماء فاحتمال الضمير الذى فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء ان يعود على اصناف المحدثين أعنى الحاضرين والمسافرين اوعلى المسافرين فقط فمن رآه عائداً على جميع اصناف المحدثين اجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط اوعلى المرضى والمسافرين لم يجز التيمم للحاضر الذى عدم الماء . واما سبب اختلافهم فى الخائف من الخروج الى الماء فاختلافهم فى قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم فى الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم فى قياسه على المريض الذى يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبهم القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر فى المجروح الذى اغتسل فمات فاجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا ايضاً قياس الصحيح الذى يخاف من برد الماء على المريض بما روى ايضاً فى ذلك عن عمرو بن العاص انه اجنب فى ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى (ولا تقتلوا انفسكم ان الله كان بكم رحيما) فذكر ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

﴿ الباب الثالث ﴾

واما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل قواعد ، احداها هل النية من شرط هذه الطهارة ام لا ، والثانية هل الطلب شرط فى جواز التيمم عند عدم الماء ام لا ، والثالثة هل دخول الوقت شرط فى جواز التيمم ام لا .

(اما المسئلة الاولى) فالجمهور على ان النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذ زفر فقال ان النية ليست بشرط فيها وانها لا تحتاج الى نية وقد روى ذلك ايضاً عن الاوزاعى والحسن بن حى وهو ضعيف .

(واما المسئلة الثانية) فان مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعى ولم يشترطه ابو حنيفة . وسبب اختلافهم فى هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء ام ليس يسمى غير واجد للماء الا اذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق فى هذا ان يعتقد ان المتيقن لعدم الماء اما بطلب متقدم واما بغير ذلك هو عادم للماء واما الظان فليس بعادم للماء ولذلك يضعف القول بتكرر الطلب الذى فى المذهب فى المكان الواحد بعينه ويقوى اشتراطه ابتداء اذا لم يكن هنالك علم قطعى بعدم الماء.

(واما المسئلة الثالثة) وهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشترطه وهو مذهب

الشافعى ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال ابو حنيفة واهل الظاهر وابن شعبان من اصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضى ان لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنو اذا قمتم الى الصلاة) الآية فاوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا ان يكون حكم الوضوء والتيمم فى هذا حكم الصلاة اعنى انه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا ان الشرع خصص الوضوء من ذلك فبقى التيمم على اصله ام ليس يقتضى هذا ظاهر مفهوم الآية وان تقدير قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) اى اذا اردتم القيام الى الصلاة وايضاً فانه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الا ايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لا انه لا يجزى ان وقع قبل الوقت الا ان يقاسا على الصلاة فلذلك الاولى ان يقال فى هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء اشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة اعنى من يشترط فى صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة الموقتة فان التوقيت فى العبادة لا يكون الا بدليل سمعى وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة موقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم لغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها امكن ان يطرأ هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل فى اول الوقت اوفى وسطه اوفى آخره لكن ها هنا مواضع يعلم قطعا ان الانسان ليس بطارئ على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارئ عليه وايضا فان قدر ناطر والماء فليس يجب عليه الا نقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطرو هو ممكن فى الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه فى الوقت اعنى انه قبل الوقت يمنع انعقاد التيمم وبعد دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغى ان يصار اليه الا بدليل سمعى ويلزم على هذا الا يجوز التيمم الا فى آخر الوقت فتأمله .

﴿ الباب الرابع ﴾

واما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها ثلاث مسائل هى قواعد هذا الباب

(المسئلة الاولى) اختلف الفقهاء فى حد الايدى التى امر الله بمسحها فى التيمم فى قوله (فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه) على اربعة اقوال ، القول الاول ان الحد الواجب فى ذلك هو الحد الواجب بعينه فى الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء

الامصار ، والقول الثانى ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال اهل الظاهر واهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك ، والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ روى عن الزهرى ومحمد بن مسلمة . والسبب فى اختلافهم اشتراك اسم اليد فى لسان العرب وذلك ان اليد فى كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد. والسبب الثانى اختلاف الآثار فى ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة : انما يكفيك ان تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد فى بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام: وان تمسح بيديك الى المرفقين وروى ايضا عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى ايضاً من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها اعنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذى هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس فى احدهما اظهر منه فى الثانى فقد أخطأ فان اليد وان كانت اسما مشتركا فهى فى الكف حقيقة وفيما فوق الكف مجاز وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذى وضع من أول أمره مشتركا وفى هذا قال الفقهاء انه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول ان الصواب هو ان يعتقد ان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو ان يكون فى الكف اظهر منه فى سائر الأجزاء او يكون دلالته على سائر اجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان اظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الأخذ بالظاهر و ان لم يكن اظهر فيجب المصير الى الأخذ بالأثر الثابت فاما ان يغلب القياس هاهنا على الأثر فلا معنى له ولا ان ترجح به ايضاً احاديث لم تثبت بعد فالقول فى هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأمله واما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى فى بعض طرق حديث عمار انه قال: تيممنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى ان يحمل تلك الأحاديث على الندب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان الجمع اولى من الترجيح عند اهل الكلام الفقهى الا ان هذا انما ينبغى ان يصار اليه ان صحت تلك الأحاديث .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى عدد الضربات على الصعيد للتيمم ، فمنهم من قال

واحدة ، ومنهم من قال اثنتين والذين قالوا اثنتين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور فالفقهاء الثلاثة معدودون فيهم اعنى مالكا والشافعى واباحنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما اعنى لليد ضربتان وللوجه ضربتان . والسبب فى اختلافهم ان الآية مجملة فى ذلك والأحاديث متعارضة وقياس التيمم على الوضوء فى جميع احواله غير متفق عليه والذى فى حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن ها هنا احاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الاحاديث لمكان قياس التيمم على الوضوء .

(المسئلة الثالثة) اختلف الشافعى مع مالك وابى حنيفة وغيرهما فى وجوب توصيل التراب الى اعضاء التيمم فلم ير ذلك ابو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعى واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى حرف من فى قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه) وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب الى انها هاهنا للتبعيض اوجب نقل التراب الى اعضاء التيمم ومن رأى انها لتمييز الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعى انما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الوضوء لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيهما وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحائط وينبغى ان تعلم ان الاختلاف فى وجوب الترتيب فى التيمم ووجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم فى ذلك فى الوضوء واسباب الخلاف هنالك هى اسبابه هنا فلا معنى لاعادته .

﴿ الباب الخامس ﴾

فيما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك انهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب . واختلفوا فى جواز فعلها بما عدى التراب من اجزاء الأرض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعى الى أنه لا يجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه الى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزائها فى المشهور عنه الحصا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنيخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد . والسبب فى اختلافهم شيئان ، احدهما اشتراك اسم الصعيد فى لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع اجزاء الأرض الظاهرة حتى ان مالكا وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعنى الصعيد أن

يجيزوا فى احدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لأنه يسمى صعيداً فى اصل التسمية اعنى من جهة صعوده على الأرض وهذا ضعيف . والسبب الثانى اطلاق اسم الأرض فى جواز التيمم بها فى بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها بالتراب فى بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الأرض مسجداً وطهوراً فان فى بعض رواياته: جعلت لى الأرض مسجداً وطهوراً وفى بعضها: جعلت لى الأرض مسجداً وجعلت لى تربتها طهوراً وقد اختلف اهل الكلام الفقهى هل يقضى بالمطلق على المقيد او بالمقيد على المطلق والمشهور عندهم ان يقضى بالمقيد على المطلق وفيه نظر ومذهب ابى محمد بن حزم ان يقضى بالمطلق على المقيد لأن المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء بالمقيد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يجز التيمم الا بالتراب ومن قضى بالمطلق على المقيد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجه الأرض من اجزائها اجاز التيمم بالرمل والحصى واما اجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف اذ كان لا يتناوله اسم الصعيد فان اعم دلالة اسم الصعيد ان يدل على ما تدل عليه الأرض لا ان يدل على الزرنيخ والنورة ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب . والاشتراك الذى فى اسم الطيب ايضاً من احد دواعى الخلاف .

﴿ الباب السادس ﴾

واما نواقض هذه الطهارة فانهم اتفقوا على انه ينقضها ما ينقض الأصل الذى هو الوضوء والطهر واختلفوا من ذلك فى مسئلتين ، احداهما هل ينقضها ارادة صلاة اخرى مفروضة غير المفروضة التى تيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء ام لا .

﴿المسئلة الاولى﴾ فذهب مالك فيها الى ان ارادة الصلاة الثانية تنقض طهارة الاولى وذهب غيره خلاف ذلك واصل هذا الخلاف يدور على شيئين ، احدهما هل فى قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) محذوف مقدر اعنى اذا قمتم من النوم او قمتم محدثين ام ليس هنالك محذوف اصلا فمن رأى ان لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب الوضوء او التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم على اصله لكن لا ينبغى ان يحتج بهذا لمالك فان مالكا يرى ان فى الاية محذوفاً على ما رواه عن زيد بن اسلم فى موطأه . واما السبب الثانى فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل صلاة وهذا هو الزم لأصول مالك اعنى ان يحتج له بهذا وقد تقدم القول فى هذه المسئلة ومن

لم يتكرر عنده الطلب وقدر فى الآية محذوفاً لم ير ارادة الصلاة الثانية مما ينقض التيمم .

﴿واما المسئلة الثانية﴾ فان الجمهور ذهبوا الى ان وجود الماء ينقضها وذهب قوم الى ان الناقض لها هو الحدث واصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التى كانت بالتراب او يرفع ابتداء الطهارة به فمن رأى انه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينقضها الا الحدث ومن رأى انه يرفع استصحاب الطهارة قال انه ينقضها فان حد الناقض هو الرافع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً مالم يجد الماء والحديث محتمل فانه يمكن ان يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام : مالم يجد الماء يمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء انقطعت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن ان يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة والاقوى فى عضد الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى وفيه انه عليه الصلاة والسلام قال : فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك فان الأمر محمول عند جمهور المتكلمين على الفور وان كان ايضاً قد يتطرق اليه الاحتمال المتقدم فتأمل هذا . وقد حمل الشافعى تسليمه ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة ان قال ان التيمم ليس رافعاً للحدث أى ليس مفيداً للمتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من اصحاب مالك هذا المذهب فقالوا ان التيمم لا يرفع الحدث لانه لو رفعه لم ينقضه الا الحدث . والجواب ان هذه الطهارة وجود الماء فى حقها هو حدث خاص بها على القول بأن الماء ينقضها . واتفق القائلون بأن وجود الماء ينقضها على انه ينقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة. واختلفوا هل ينقضها طروه فى الصلاة فذهب مالك والشافعى وداود الى انه لا ينقض الطهارة فى الصلاة وذهب ابو حنيفة واحمد وغيرهما الى انه ينقض الطهارة فى الصلاة وهم احفظ للاصل لانه امر غير مناسب للمشروع ان يوجد شىء واحد لا ينقض الطهارة فى الصلاة وينقضها فى غير الصلاة وبمثل هذا شنعوا على مذهب أبى حنيفة فيما يراه من ان الضحك فى الصلاة ينقض الوضوء مع انه مستند فى ذلك الى الأثر فتأمل هذه المسئلة فانها بينة ولا حجة فى الظواهر التى يرام الاحتجاج بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يبطل الصلاة بارادته وانما ابطلها طروء الماء كما لو احدث .

الباب السابع

واتفق الجمهور على ان الافعال التى هذه الطهارة شرط فى صحتها هى الافعال التى الوضوء شرط فى صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها اكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك انه لا يستباح بها صلاتان مفروضتان ابداً . واختلف قوله فى الصلاتين المقضيتين والمشهور عنه انه اذا كانت احدى الصلاتين فرضاً والاخرى نفلا انه ان قدم الفرض جمع بينهما وان قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب ابو حنيفة الى انه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمم واحد . واصل هذا الخلاف هو هل التيمم يجب لكل صلاة ام لا اما من قبل ظاهر الآية كما تقدم واما من قبل وجوب تكرر الطلب واما من كليهما .

....

كتاب الطهارة من النجس

والقول المحيط بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر فى ستة ابواب، الباب الاول فى معرفة حكم هذه الطهارة اعنى فى الوجوب او فى الندب اما مطلقاً واما من جهة انها مشترطة فى الصلاة ، الباب الثانى فى معرفة انواع النجاسات ، الباب الثالث فى معرفة المحال التى يجب ازالتها عنها ، الباب الرابع فى معرفة الشئ الذى به تزال ، الباب الخامس فى صفة ازالتها فى محل محل ، الباب السادس فى آداب الأحداث .

الباب الاول

والاصل فى هذا الباب أما من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر) واما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام: من توضأ فليستنثر ومن استجمر فليوتر ومنها امره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وامره بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى وقوله عليه الصلاة والسلام فى صاحبى القبر: انهما ليعذبان ومايعذبان فى كبير اما احدهما فكان لا يستنزه من البول . واتفق العلماء لمكان هذه المسموعات على ان ازالة النجاسة مأمور بها فى الشرع . واختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب المذكور وهو الذى يعبر عنه بالسنة فقال قوم ان ازالة النجاسات واجبة وبه قال ابو حنيفة والشافعى . وقال قوم ازالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هى فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان وكلا هذين

القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة راجع الى ثلاثة أشياء ؛ أحدها اختلافهم فى قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجاز، والسبب الثانى تعارض ظواهر الآثار فى وجوب ذلك، والسبب الثالث اختلافهم فى الامر والنهى الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر أو النهى قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهى من الحظر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق فى ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق فى ذلك لان الاحكام المعقولة المعانى فى الشرع أكثرها هى من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه فى الاكثر هى مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى (وثيابك فطهر) على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم ير فيها حجة. وأما الآثار المتعارضة فى ذلك فمنها حديث صاحبى القبر المشهور وقوله فيهما صلى الله عليه وسلم: انهما ليعذبان ومايعذبان فى كبير أما أحدهما فكان لا يستنزه من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضى الوجوب لأن العذاب لا يتعلق الا بالواجب . وأما المعارض لذلك فما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو فى الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة، ومنها ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صلاة من الصلوات يصلى فى نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه نعالهم فأنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال: انما خلعتها لان جبريل أخبرنى أن فيها قذراً فظاهر هذا انه لو كانت واجبة لما بنى على ما مضى من الصلاة فمن ذهب فى هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال اما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالندب ان رجح ظاهر حديثى الندب أعنى الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتها من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فمنهم من قال هى فرض مع الذكر والقدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هى فرض مطلقاً وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع فى المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال فى الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته أعنى أنه جعل الغير معقولة آكد فى باب الوجوب فرق بين الامر الوارد فى الطهارة من الحدث وبين الأمر الوارد فى الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم فى النعال مع أنها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالباً وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير فى بعض النجاسات.

﴿ الباب الثانى ﴾

واما انواع النجاسات فان العلماء اتفقوا من اعيانها على اربعة ، ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى ، وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق ان تذهب حياته ، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى انفصل من الحى او الميت اذا كان مسفوحاً اعنى كثيراً ، وعلى بول ابن آدم ورجيعه و اكثرهم على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدثين واختلفوا فى غير ذلك والقواعد من ذلك سبع مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لادم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى ان ميتة مالا دم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك واصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم والتى لادم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى الا ماوقع الاتفاق على انه ليس بميتة مثل دود الخل ومايتولد فى المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة مالادم له وهو مذهب ابى حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما احسب اتفقوا انه من باب العام اريد به الخاص. واختلفوا اى خاص اريد به فمنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر ومالادم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة مالادم له فقط. وسبب اختلافهم فى هذه المستثنيات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص . اما من استثنى من ذلك مالادم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من امره بمقل الذباب اذا وقع فى الطعام قالوا فهذا يدل على طهارة الذباب وليس لذلك علة الا انه غير ذى دم . واما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالذباب لقوله عليه الصلاة والسلام : فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء ووهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من انواع المحرمات ، احدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لاتعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز ان يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فانه لو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمية عن الحيوان بالذكاة وتبقى حرمية الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سبباً ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت فى ذلك من حديث جابر وفيه انهم اكلوا من الحوت الذى رماه البحر اياما وتزودوا منه وانهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقى منه شئ وهو دليل على انه لم يجوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم. واحتجوا ايضاً بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور ماؤه الحل ميتته . واما ابو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر اما لان الآية مقطوع بها والأثر مظنون واما لانه رأى ان ذلك رخصة لهم اعنى حديث جابر اولانه احتمل عنده ان يكون الحوت مات بسبب وهو رمى البحر به الى الساحل لان الميتة هو مامات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولاختلافهم فى هذا ايضا سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير فى قوله تعالى (وطعامه متاعا لكم وللسيارة) اعنى ان يعود على البحر او على الصيد نفسه فمن اعاده على البحر قال طعامه هو الطافى ومن اعاده على الصيد قال هو الذى أحل فقط من صيد البحر مع ان الكوفيين ايضاً تمسكوا فى ذلك بأثر ورد فيه تحريم الطافى من السمك وهو عندهم ضعيف

(المسئلة الثانية) وكما اختلفوا فى انواع الميتات كذلك اختلفوا فى اجزاء ما اتفقوا عليه وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من اجزاء الميتة ميتة واختلفوا فى العظام والشعر فذهب الشافعى الى ان العظم والشعر ميتة وذهب ابو حنيفة الى انهما ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة. وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من افعال الاعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى هو من افعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا فقدت النمو والتغذى فهى ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانها لا حس لها ومن فرق بينهما اوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفى حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على ان التغذى والنمو ليسا هما الحياة التى يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على ان ماقطع من البهيمة وهى حية انه ميتة لورود ذلك فى الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة واتفقوا على ان الشعر اذا قطع من الحى انه طاهر ولو انطلق اسم الميتة على من فقد التغذى والنمو لقيل فى النبات المقلوع انه ميتة وذلك ان النبات فيه التغذى والنمو وللشافعى ان يقول ان التغذى الذى ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود فى الحساس .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها

مطلقا دبغت اولم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو الا ينتفع بها اصلا وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين ان تدبغ وان لا تدبغ ورأوا ان الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعى وابى حنيفة وعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما مثل قول الشافعى ، والثانية ان الدباغ لا يطهرها ولكنها تستعمل فى اليابسات والذين ذهبوا الى ان الدباغ مطهر اتفقوا على انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان اعنى المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعى الى انه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وانه بدل منها فى افادة الطهارة وذهب ابو حنيفة الى تأثير الدباغ فى جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى حديث ميمونة اباحة الانتاع بها مطلقاً وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه الصلاة والسلام : هلا انتفعتم بجلدها وفى حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقا وذلك ان فيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب : الا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفى بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثابت فى هذا الباب هو حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال : اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلمكان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس فى تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس اعنى انهم فرقوا فى الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب النسخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا انه يتضمن زيادة على ما فى حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة اعنى كل طاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى اعنى ان كل ما ينتفع به هو طاهر .

(المسئلة الرابعة) اتفق العلماء على ان دم الحيوان البرى نجس . واختلفوا فى دم السمك وكذلك اختلفوا فى الدم القليل من دم الحيوان غير البحرى فقال قوم دم السمك طاهر وهو احد قولى مالك ومذهب الشافعى . وقال قوم هو نجس على اصل الدماء وهو قول مالك فى المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور . والسبب فى اختلافهم فى دم السمك هو اختلافهم فى ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن اخرج ميتته اخرج دمه قياساً على الميتة وفى ذلك اثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الجراد والحوت والكبد والطحال واما اختلافهم فى كثير الدم وقليله فسببه اختلافهم فى القضاء بالمقيد على المطلق او بالمطلق على المقيد وذلك انه ورد تحريم الدم مطلقا فى قوله تعالى

(حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيداً فى قوله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الىّ محرما) الى قوله (أو دماً مسفوحا أو لحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبى الرضيع . واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعى وأبو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع. وقال قوم أبوالها وأرواثها تابعة للحومها فما كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرواثها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرواثها طاهرة ما عدى التى تأكل النجاسة وما كان منها مكروها فأبوالها وارواثها مكروهة وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك فى الأسئار. وسبب اختلافهم شيئان، أحدهما اختلافهم فى مفهوم الاباحة الواردة فى الصلاة فى مرابض الغنم واباحته عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبانها وفى مفهوم النهى عن الصلاة فى أعطان الابل، والسبب الثانى اختلافهم فى قياس سائر الحيوان فى ذلك على الانسان فمن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الاولى والاحرى ولم يفهم من اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهى عن الصلاة فى أعطان الابل النجاسة وجعل اباحته للعرنيين ابوال الابل لمكان المداواة على أصله فى اجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرواثها وأبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة فى أعطان الابل عبادة أو لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستقذرة بالطبع وفضلتى بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوم والله أعلم . ومن قاس على بهيمة الانعام غيرها جعل الفضلات كلها ما عدا فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لا يجوز احداث قول لم يتقدم اليه أحد فى المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقيل ان ما ينتن منها ويستقذر بخلاف ما لا ينتن ولا يستقذر وبخاصة ما كان منها رائحته حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضلة من فضلات حيوان فى البحر وكذلك المسك وهو فضلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر .

(المسئلة السادسة) اختلف الناس فى قليل النجاسات على ثلاثة اقوال فقوم رأوا قليلها وكثيرها سواء وممن قال بهذا القول الشافعى وقوم رأوا ان قليل النجاسات معفو عنه وحدوه بقدر الدرهم البغلى وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فمادونه جازت به الصلاة . وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ماتقدم وهو مذهب مالك وعنه فى دم الحيض روايتان والاشهر مساواته لسائر الدماء . وسبب اختلافهم فى قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة فى الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن اجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوه بالدرهم قياساً على قدر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك . واما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب ابى حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هى التى يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هى التى يعفى منها عن ربع الثوب والمخففة عندهم هى مثل ارواث الدواب ومالاتنفك منه الطرق غالبا وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جداً .

(المسئلة السابعة) اختلفوا فى المنى هل هو نجس أم لا فذهبت طائفة منهم مالك وابو حنيفة الى انه نجس وذهبت طائفة الى انه طاهر وبهذا قال الشافعى واحمد وداود . وسبب اختلافهم فيه شيئان ، احدهما اضطراب الرواية فى حديث عائشة وذلك ان فى بعضها كنت اغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المنى فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفى بعضها كنت افركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم ، والسبب الثانى تردد المنى بين ان يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين ان يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كاللبن وغيره فمن جمع الاحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على اصله فى ان الفرك لا يطهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات الشريفة لم يره نجساً ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده اشبه منه مما ليس بحدث قال انه نجس وكذلك ايضاً من اعتقد ان النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب ابى حنيفة وعلى هذا فلا حجة لأولئك فى قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لابى حنيفة فى ان النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التى تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف فى ذلك ، احدها الابدان ، ثم الثياب ، ثم المساجد ومواضع الصلاة وانما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لانها منطوق بها فى الكتاب والسنة . أما الثياب ففى قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفى الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبى الذى بال عليه . واما المساجد فلأمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الاعرابى الذى بال فى المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه أمر بغسل المذى من البدن وغسل النجاسات من المخرجين . واختلف الفقهاء هل يغسل الذكر كله من المذى ام لا لقوله عليه الصلوة والسلام فى حديث على المشهور وقد سئل عن المذى فقال : يغسل ذكره ويتوضأ . وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ باوائل الاسماء أو بأواخرها فمن رأى انه باواخرها أعنى بأكثر ماينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكر كله ومن رأى الاخذ بأقل ماينطلق عليه قال انما يغسل موضع الاذى فقط وقياسا على البول والمذى .

﴿ الباب الرابع ﴾

واما الشئ الذى به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال واتفقوا ايضاً على ان الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التى تزيلها فذهب قوم الى ان ما كان طاهراً يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامدا فى أى موضع كانت وبه قال ابو حنيفة واصحابه . وقال قوم لا تزال النجاسة بما سوى الماء الا فى الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعى . واختلفوا ايضاً فى ازالتها فى الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما ينقى واستثنى مالك من ذلك ماهو مطعوم ذو حرمة كالخبز وقد قيل ذلك فيما فى استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانقاء على الاحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وان كان مكروها عندهم وشذ الطبرى فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس . وسبب اختلافهم فى ازالة النجاسة بما عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بازالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى فى ذلك مع الماء كل مايتلف عينها أم للماء فى ذلك مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن لم يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال

بازالتها بسائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيدهذاالمفهوم بالاتفاق على ازالتها من المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة انهاقالت : انى امرأة أطيل ذيلى وأمشى فى المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : يطهره مابعده وكذلك بالآثار التى خرجها أبوداود فى هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام : اذاوطئ أحدكم الاذى بنعليه فان التراب له طهور الى غير ذلك مماروى فى هذاالمعنى ومن رأى أن للماء فى ذلك مزيد خصوص منع ذلك الافى موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنيفة الشافعية بذلك الخصوص الذى للماء لجئوا فى ذلك الى انهاعبادة اذلم يقدروا أن يعطوا فى ذلك سببا معقولا حتى انهم سلموا ان الماء لايزيل النجاسة بمعنى معقول وانما ازالته بمعنى شرعى حكمى وطال الخطب والجدال بينهم هل ازال النجاسة بالماء عبادة أومعنى معقول خلفاً عن سلف واضطرت الشافعية الى أن تثبت ان فى الماء قوة شرعية فى رفع احكام النجاسات ليست فى غيره وان استوى مع سائر الاشياء فى ازالة العين وان المقصود انماهو ازالة ذلك الحكم الذى اختص به الماء لاذهاب عين النجاسة بل قد يذهب العين ويبقى الحكم فباعدوا المقصد وقدكانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين ان طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعنى شرعية ولذلك لم تحتج الى نية ولو راموا الانفصال عنهم بانا نرى أن للماء قوة احالة للانجاس والادناس وقلعها من الثياب والابدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس فى تنظيف الابدان والثياب لكان قولا جيداً وغير بعيد بل لعله واجب ان يعتقد ان الشرع انما اعتمد فى كل موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التى فى الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا فى ذلك قولا هو داخل فى مذهب الفقه الجارى على المعانى وانما يلجأ الفقيه الى أن يقول عبادة اذا ضاق عليه المسلك مع الخصم فتأمل ذلك فانه بين من امرهم فى أكثر المواضع. واما اختلافهم فى الروث فسببه اختلافهم فى المفهوم من النهى الوارد فى ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعنى أمره عليه الصلاة والسلام: أن لايستنجى بعظم ولا روث فمن دل عنده النهى على الفساد لم يجز ذلك ومن لم ير ذلك اذ كانت النجاسة معنى معقولا حمل ذلك على الكراهية ولم يعده الى ابطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلأن الروث نجس عنده .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الصفة التى بها تزول فاتفق العلماء على انها غسل ومسح ونضح لورود ذلك فى الشرع وثبوته فى الآثار واتفقوا على ان الغسل عام لجميع انواع النجاسات ولجميع محال النجاسات

وان المسح بالاحجار يجوز فى المخرجين ويجوز فى الخفين وفى النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على ان طهارته هى على ظاهر حديث ام سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك فى ثلاثة مواضع هى اصول هذا الباب ، احدها فى النضح لأى نجاسة هو ، والثانى فى المسح لأى محل هو ولأى نجاسة هو بعد ان اتفقوا على ماذكرناه ، والثالث اشتراط العدد فى الغسل والمسح. اما النضح فان قوما قالوا هذا خاص بازالة بول الطفل الذى لم يأكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر فى ذلك والانثى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى وقوم قالوا الغسل طهارة مايتيقن نجاسته والنضح طهارة ماشك فيه وهو مذهب مالك بن انس رضى الله عنه * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الاحاديث فى ذلك اعنى اختلافهم فى مفهومها وذلك ان هاهنا حديثين ثابتين فى النضح ، احدهما حديث عائشة ان النبى عليه الصلاة والسلام: كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم ويحنكهم فأتى بصبى فبال عليه فدعا بماء فأتبعه بوله ولم يغسله وفى بعض رواياته فنضحه ولم يغسله خرجه البخارى ، والآخر حديث انس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيته قال : فقمت الى حصير لنا قد اسود من طول مالبس فنضحته بالماء فمن الناس فمن صار الى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبى واستثناه من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة فى الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح الا الذى فى حديث انس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه. واما الذى فرق فى ذلك بين بول الذكر والانثى فانه اعتمد على ما رواه ابو داود عن ابى السمح من قوله عليه الصلاة والسلام: يغسل بول الجارية ويرش بول الصبى واما من لم يفرق فانما اعتمد قياس الانثى على الذكر الذى ورد فيه الحديث الثابت . واما المسح فان قوما اجازوه فى اى محل كانت النجاسة اذا ذهب عينها على مذهب ابى حنيفة وكذلك الفرك على قياس من يرى ان كل ما ازال العين فقد طهر وقوم لم يجيزوه الا فى المتفق عليه وهو المخرج وفى ذيل المرأة وفى الخف وذلك من العشب اليابس لا من الاذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهؤلاء لم يعدوا المسح الى غير المواضع التى جاءت فى الشرع واما الفريق الآخر فانهم عدوه * والسبب فى اختلافهم فى ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة او حكم فمن قال رخصة لم يعدها الى غيرها اعنى لم يقس عليها ومن قال هو حكم من احكام ازالة النجاسة كحكم الغسل عداه . واما اختلافهم فى العدد فان قوماً اشترطوا الانقاء فقط فى الغسل والمسح وقوم اشترطوا العدد فى الاستجمار وفى الغسل والذين اشترطوه فى الغسل منهم من اقتصر على المحل الذى ورد فيه العدد فى الغسل بطريق السمع ومنهم من عداه

الى سائر النجاسات . أما من لم يشترط العدد لا فى غسل ولا فى مسح فهم مالك وابو حنيفة وأما من اشترط فى الاستجمار العدد أعنى ثلاثة احجار لا أقل من ذلك فهم الشافعى وأهل الظاهر . واما من اشترط العدد فى الغسل واقتصر به على محله الذى ورد فيه وهو غسل الاناء سبعا من ولوغ الكلب فالشافعى ومن قال بقوله . واما من عداه واشترط السبع فى غسل النجاسات فأغلب ظنى أن أحمد بن حنبل منهم وابو حنيفة يشترط الثلاثة فى ازالة النجاسة الغير محسوسة العين أعنى الحكمية * وسبب اختلافهم فى هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ فى الاحاديث التى ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الامر بازالة النجاسة ازالة عينها لم يشترط العدد أصلا وجعل العدد الوارد من ذلك فى الاستجمار فى حديث سلمان الثابت الذى فيه الامر الا يستنجى بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الاحاديث وجعل العدد المشترط فى غسل الاناء من ولوغ الكلب عبادة لا لنجاسة كما تقدم من مذهب مالك . واما من صار الى ظواهر هذه الآثار واستثناها من المفهوم فاقتصر بالعدد على هذه المحال التى ورد العدد فيها . وأما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدّى ذلك الى سائر النجاسات . وأما حجة أبى حنيفة فى الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام : اذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثا قبل ان يدخلها فى انائه .

﴿ الباب السادس ﴾

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على الندب وهى معلومة من السنة كالبعد فى المذهب اذا اراد الحاجة وترك الكلام عليها والنهى عن الاستنجاء باليمين والايمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد فى الآثار وانما اختلفوا من ذلك فى مسئلة واحدة مشهورة وهى استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة اقوال، قول انه لا يجوز ان تستقبل القبلة لغائط ولا لبول أصلا ولا فى موضع من المواضع، وقول ان ذلك يجوز باطلاق، وقول انه يجوز فى المبانى والمدن ولا يجوز ذلك فى الصحراء وفى غير المبانى والمدن * والسبب فى اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان، أحدهما حديث أبى ايوب الانصارى انه قال عليه الصلاة والسلام: اذا اتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا، والحديث الثانى حديث عبدالله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختى حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً لحاجته على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة

فذهب الناس فى هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، احدها مذهب الجمع ، والثانى مذهب الترجيح والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض واعنى بالبراءة الاصلية عدم الحكم فمن ذهب مذهب الجمع حمل حديث ابى ايوب الانصارى على الصحارى وحيث لا سترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب مذهب الترجيح رجح حديث ابى ايوب لانه اذا تعارض حديثان ، احدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للاصل الذى هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذى ورد ايضاً من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجز ان نترك شرعا وجب العمل به بظن لم نؤمر ان نوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعده فان الظنون التى تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع اعنى التى توجب رفعها أو ايجابها وليست هى اى ظن اتفق ولذلك مايقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذى اوجب العمل بذلك النوع من الظن وهذه الطريقة التى قلناها هى طريقة أبى محمد بن حزم الاندلسى وهى طريقة جيدة مبنية على اصول اهل الكلام الفقهى وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعى. واما من ذهب مذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبنى على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلا حكم وهو مذهب داود الظاهرى ولكن خالفه ابو محمد بن حزم فى هذا الاصل مع انه من اصحابه (قال القاضى) فهذا هو الذى رأينا ان نثبته فى هذا الكتاب من المسائل التى ظننا انها تجرى مجرى الاصول وهى التى نطق بها فى الشرع اكثر ذلك اعنى ان اكثرها يتعلق بالمنطوق به اما تعلقا قريباً اوقريباً من القريب وان نذكر بالشئ من هذا الجنس ما انبنى فى هذا الباب واكثر ماعولت فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستذكار وأنا قد أبحت لمن وقع من ذلك على وهم لى ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما. الصلاة تنقسم اولا وبالجملة الى فرض وندب. والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة فى أربعة أجناس اعنى اربع جمل ، الجملة الاولى فى معرفة الوجوب وما يتعلق به ، والجملة الثانية فى معرفة شروطها الثلاث اعنى شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال،

الجملة الثالثة فى معرفة ماتشتمل عليه من افعال واقوال وهى الاركان، الجملة الرابعة فى قضائها ومعرفة اصلاح مايقع فيها من الخلل وجبره لانه قضاء ما اذ كان استدرا كالما فات

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها اربع مسائل هى فى معنى اصول هذا الباب، المسئلة الاولى فى بيان وجوبها، الثانية فى بيان عدد الواجبات منها، الثالثة فى بيان على من يجب، الرابعة ماالواجب على من تركها متعمداً .

(المسئلة الاولى) اما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تغنى عن تكلف القول فيه .

(المسئلة الثانية) واما عدد الواجب منها ففيه قولان، احدهما قول مالك والشافعى والاكثر وهو ان الواجب هى الخمس صلوات فقط لاغير، والثانى قول ابى حنيفة واصحابه وهو ان الوتر واجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ماثبت بالنسبة واجباً اوفرضاً لامعنى له وسبب اختلافهم الاحاديث المتعارضة. اما الاحاديث التى مفهومها وجوب الخمس فقط بل هى نص فى ذلك فمشهورة وثابتة ومن أبينها فى ذلك ماورد فى حديث الاسراء المشهور انه لما بلغ الفرض الى خمس قال له موسى ارجع الى ربك فان امتك لاتطيق ذلك قال فراجعته فقال تعالى هى خمس وهى خمسون لايبدل القول لدى وحديث الاعرابى المشهور الذى سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له: خمس صلوات فى اليوم والليلة قال هل على غيرها قال لا الا أن تطوع . واما الاحاديث التى مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان الله قد زادكم صلاة وهى الوتر فحافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ان الله امركم بصلاة هى خير لكم من حمر النعم وهى الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء الى طلوع الفجر وحديث بريدة الاسلمى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا فمن رأى ان الزيادة هى نسخ ولم تقو عنده هذه الاحاديث قوة تبلغ بها ان تكون ناسخة لتلك الاحاديث الثابتة المشهورة رجح تلك الاحاديث وايضاً فانه ثبت من قوله تعالى فى حديث الاسراء انه لايبدل القول لدى وظاهره انه لايزاد فيها ولا ينقص منها وان كان هو فى النقصان اظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الاخبار التى اقتضت الزيادة على الخمس الى رتبة توجب العمل اوجب المصير الى هذه الزيادة لاسيما ان كان ممن يرى ان الزيادة لاتوجب نسخاً لكن ليس هذا من رأى ابى حنيفة .

(المسئلة الثالثة) واما على من تجب فعلى المسلم البالغ ولاخلاف فى ذلك .

(المسئلة الرابعة) واما ما الواجب على من تركها عمداً وأمر بها فابى ان يصليها لاجحوداً لفرضها فان قوما قالوا يقتل وقوماً قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله كفراً وهو مذهب أحمد واسحاق وابن المبارك ومنهم من اوجبه حداً وهو مذهب مالك والشافعى وأبو حنيفة واصحابه واهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلى * والسبب فى هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لايحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد ايمان أو زنا بعد احصان أو قتل نفس بغير نفس وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث بريدة انه قال : العهد الذى بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: ليس بين العبد وبين الكفر أو قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقى جعل هذا الحديث كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد ايمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ اى ان افعاله افعال كافر وانه فى صورة كافر كما قال : لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق السارق حين يسرق وهو مؤمن لم ير قتله كفراً. وأما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستند له الا قياس شبه ضعيف ان امكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل فى كون الصلاة رأس المأمورات والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك الصلاة معلوم انه ليس بمكذب الا ان يتركها معتقداً لتركها هكذا فنحن اذاً بين احد أمرين اما ان أردنا ان نفهم من الحديث الكفر الحقيقى يجب علينا أن نتأول انه اراد عليه الصلاة والسلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر واما ان يحمل اسم الكفر على غير موضوعه الاول وذلك على احد معنيين اما على أن حكمه حكم الكافر أعنى فى القتل وسائر احكام الكفار وان لم يكن مكذبا واما على أن أفعاله افعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى ان فاعل هذا يشبه الكافر فى الافعال اذ كان الكافر لايصلى كما قال عليه الصلاة والسلام : لايزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على ان حكمه حكم الكافر فى احكامه لايجب المصير اليه الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد فى الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا على الكفر الحقيقى الذى هو التكذيب ان يدل على المعنى المجازى لا على معنى يوجب حكما لم يثبت بعد فى الشرع بل يثبت ضده وهو انه لايحل دمه اذ هو خارج عن الثلاث الذين نص عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله أعلم أعنى انه يجب علينا أحد امرين اما ان نقدر فى الكلام محذوفا ان أردنا حمله على المعنى الشرعى المفهوم من اسم الكفر واما ان نحمله على المعنى المستعار وأما حمله على ان حكمه حكم الكافر فى جميع أحكامه مع انه مؤمن فشئ

مفارق للاصول مع ان الحديث نص فى حق من يجب قتله كفراً وحداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب .

(الجملة الثانية فى الشروط) وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول فى معرفة الاوقات ، الثانى فى معرفة الاذان والاقامة ، الثالث فى معرفة القبلة ، الرابع فى ستر العورة واللباس فى الصلاة ، الخامس فى اشتراط الطهارة من النجس فى الصلاة ، السادس فى تعيين المواضع التى يصلى فيها من المواضع التى لا يصلى فيها ، السابع فى معرفة الشروط التى هى شروط فى صحة الصلاة ، الثامن فى معرفة النية وكيفية اشتراطها فى الصلاة .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب ينقسم أولا الى فصلين ، الاول فى معرفة الاوقات المأمور بها ، الثانى فى معرفة الاوقات المنهى عنها ،

﴿ الفصل الاول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ، القسم الاول فى الاوقات الموسعة والمختارة ، والثانى فى أوقات أهل الضرورة .

(القسم الاول) من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا) اتفق المسلمون على ان للصلوات الخمس أوقاتا خمساً هى شرط فى صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلفوا فى حدود أوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل .

(المسئلة الاولى) اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذى لا تجوز قبله هو الزوال الا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس والا ماروى من الخلاف فى صلاة الجمعة على ماسيأتى واختلفوا منها فى موضعين فى آخر وقتها الموسع وفى وقتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعى وأبو ثور وداود هو أن يكون ظل كل شئ مثله . وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شئ مثليه فى احدى الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وان مابين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر وبه قال صاحباه أبو يوسف ومحمد * وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الاحاديث وذلك انه ورد فى امامة جبريل انه صلى بالنبى صلى الله عليه وسلم الظهر فى اليوم الاول حين زالت الشمس وفى اليوم الثانى حين كان ظل كل شئ مثله ثم قال الوقت مابين هذين

وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم : انما بقاؤكم فيما سلف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس اوتى اهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم اوتى اهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فأعطوا قيراطاً قيراطاً ثم اوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال اهل الكتاب اى ربنا اعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطاً قيراطاً ونحن كنا اكثر عملا قال الله تعالى : هل ظلمتكم من اجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى أوتيه من أشاء فذهب مالك والشافعى الى حديث امامة جبريل وذهب ابو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب ان يكون اول العصر اكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال ابو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضى) انا الشاك فى الكسر وأظنه قال وثلث . وحجة من قال باتصال الوقتين اعنى اتصالا لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام : لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت اخرى وهو حديث ثابت . واما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى انه للمنفرد اول الوقت ويستحب تأخيرها عن اول الوقت قليلا فى مساجد الجماعات . وقال الشافعى اول الوقت افضل الا فى شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة اول الوقت افضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفى الحر والبرد * وانما اختلفوا فى ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان فى ذلك حديثين ثابتين ، احدهما قوله عليه الصلاة والسلام : اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم ، والثانى ان النبى عليه الصلاة والسلام : كان يصلى الظهر بالهاجرة وفى حديث حباب انهم شكوا اليه حر الرمضاء فلم يشكهم خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قلت لأبى اسحاق شيخه أفى الظهر قال نعم قلت أفى تعجيلها قال نعم فرجح قوم حديث الابراد اذ هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ماروى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل اى الاعمال افضل قال : الصلاة لاول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه اعنى لأول ميقاتها مختلف فيها .

(المسئلة الثانية) اختلفوا من صلاة العصر فى موضعين ، احدهما فى اشتراك اول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر ، والثانى فى آخر وقتها . فاما اختلافهم فى الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان اول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شئ مثله الا ان مالكا يرى ان آخر وقت الظهر واول وقت العصر هو وقت

مشترك للصلاتين معاً اعنى بقدر مايصلى فيه اربع ركعات. واما الشافعى وابو ثور وداود فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذى هو اول وقت العصر وهو زمان غير منقسم وقال ابو حنيفة كما قلنا اول وقت العصر ان يصير ظل كل شئ مثليه وقد تقدم سبب اختلاف ابى حنيفة معهم فى ذلك. واما سبب اختلاف مالك مع الشافعى ومن قال بقوله فى هذه فمعارضة حديث جبريل فى هذا المعنى لحديث عبدالله بن عمر وذلك انه جاء فى امامة جبريل انه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام الظهر فى اليوم الثانى فى الوقت الذى صلى فيه العصر فى اليوم الاول وفى حديث ابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام : وقت الظهر مالم يحضر وقت العصر خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركا ومن رجح حديث عبدالله لم يجعل بينهما اشتراكا وحديث جبريل امكن ان يصرف الى حديث عبدالله من حديث عبدالله الى حديث جبريل لانه يحتمل ان يكون الراوى تجوز فى ذلك لقرب مابين الوقتين وحديث امامة جبريل صححه الترمذى وحديث ابن عمر خرجه مسلم . واما اختلافهم فى آخر وقت العصر فعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما ان آخر وقتها ان يصير ظل كل شئ مثليه وبه قال الشافعى والثانية ان آخر وقتها ما لم تصفر الشمس. وهذا قول احمد بن حنبل وقال اهل الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة * والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك ثلاثة احاديث متعارضة الظاهر، احدها حديث عبدالله بن عمر خرجه مسلم وفيه : فاذا صليتم العصر فانه وقت الى ان تصفر الشمس وفى بعض رواياته وقت العصر مالم تصفر الشمس ، والثانى حديث ابن عباس فى امامة جبريل وفيه انه : صلى به العصر فى اليوم الثانى حين كان ظل كل شئ مثليه ، والثالث حديث ابى هريرة المشهور: من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادرك العصر ومن ادرك ركعة من الصبح قبل ان تطلع الشمس فقد ادرك الصبح فمن صار الى ترجيح حديث امامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المثلين ومن صار الى ترجيح حديث ابى هريرة قال وقت العصر الى ان يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس وهم اهل الظاهر كما قلنا. واما الجمهور فسلكوا فى حديث ابى هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن عباس اذ كان معارضاً لهما كل التعارض مسلك الجمع لان حديثى ابن عباس وابن عمر تتقارب الحدود المذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا ومرة بذلك واما الذى فى حديث ابى هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث ابى هريرة انما خرج مخرج اهل الاعذار.

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات ام لا فذهب قوم الى ان وقتها واحد غير موسع وهذا هو اشهر الروايات عن مالك وعن الشافعى وذهب قوم

الى ان وقتها موسع وهو مابين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال ابو حنيفة واحمد وابو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعى * وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حديث امامة جبريل فى ذلك لحديث عبدالله بن عمر وذلك ان فى حديث امامة جبريل انه صلى المغرب فى اليومين فى وقت واحد وفى حديث عبدالله : ووقت صلاة المغرب مالم يغب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبدالله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبدالله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل اعنى حديث ابن عباس الذى فيه انه صلى بالنبى عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت مابين هذين والذى فى حديث عبدالله من ذلك هو موجود ايضاً فى حديث بريدة الاسلمى خرجه مسلم وهو اصل فى هذا الباب قالوا وحديث بريدة اولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن اوقات الصلوات وحديث جبريل كان فى اول الفرض بمكة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا من وقت العشاء الآخرة فى موضعين ، احدهما فى اوله والثانى فى آخره . اما أوله فذهب مالك والشافعى وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب ابو حنيفة الى انه مغيب البياض الذى يكون بعد الحمرة* وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق فى لسان العرب فانه كما ان الفجر فى لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الابيض يلزم ان يكون بعده من اول الليل امابعد الفجر المستدق من آخر الليل اعنى الفجر الكاذب واما بعد الفجر الابيض المستطير وتكون الحمرة نظير الحمرة فالطوالع اذاً اربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب ان تكون الغوارب ولذلك ماذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الابيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لاخلاف بينهم انه قد ثبت فى حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء فى اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى العشاء عند مغيب القمر فى الليلة الثانية ورجح ابو حنيفة مذهبه بما ورد فى تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله : لولا ان اشق على امتى لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل. واما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة اقوال ، قول انه ثلث الليل، وقول انه نصف الليل ، وقول انه الى طلوع الفجر وبالاول اعنى ثلث الليل قال الشافعى وابو حنيفة وهو المشهور من ذهب مالك وروى عن مالك القول الثانى اعنى نصف الليل واما الثالث فقول داود* وسبب

الخلاف فى ذلك تعارض الآثار ففى حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبى عليه الصلاة والسلام فى اليوم الثانى ثلث الليل وفى حديث أنس انه قال: أخر النبى صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخارى وروى ايضاً من حديث ابى سعيد الخدرى وابى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: لولا ان اشق على امتى لأخرت العشاء الى نصف الليل وفى حديث ابى قتادة: ليس التفريط فى النوم انما التفريط ان تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث انس قال شطر الليل. واما اهل الظاهر فاعتمدوا حديث ابى قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولو لم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يسقط حكمها فيجب ان يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على ان الوقت يخرج بعد طلوع الفجر. واختلفوا فيما قبل فانا روينا عن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الاحيث وقع الاتفاق على خروجه واحسب ان به قال ابو حنيفة.

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على ان اول وقت الصبح طلوع الفجر الصادق وآخره طلوع الشمس الا ماروى عن ابن القاسم وعن بعض اصحاب الشافعى من ان آخر وقتها الاسفار. واختلفوا فى وقتها المختار فذهب الكوفيون وابو حنيفة واصحابه والثورى واكثر العراقيين الى ان الاسفار بها افضل. وذهب مالك والشافعى واصحابه واحمد بن حنبل وابو ثور وداود الى ان التغليس بها افضل * وسبب اختلافهم فى طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر فى ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال: اسفروا بالصبح فكلما اسفرتم فهو اعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل اى الاعمال افضل قال: الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يصلى الصبح فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن مايعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله فى الاغلب فمن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه انما تضمن الاخبار بوقوع ذلك منه لا بأنه كان ذلك غالب احواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار افضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة له ولانه نص فى ذلك او ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن ان يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد فى

ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله. وأما من ذهب الى ان آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث فى ذلك انه لأهل الضرورات أعنى قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور فى العصر والعجب انهم عدلوا عن ذلك فى هذا ووافقوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يطالبوهم بالفرق بين ذلك.

﴿ القسم الثانى من الفصل الأول من الباب الأول ﴾

فاما أوقات الضرورة والعذر فاثبتها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم فى ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها فى ثلاثة مواضع، أحدها لأى الصلوات توجد هذه الاوقات ولأيها لا، والثانى فى حدود هذه الاوقات، الثالث فى من هم أهل العذر الذين رخص لهم فى هذه الاوقات وفى أحكامهم فى ذلك أعنى من وجوب الصلاة ومن سقوطها.

(المسئلة الاولى) اتفق مالك والشافعى على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشتركا بينهما والمغرب والعشاء كذلك وانما اختلفوا فى جهة اشتراكهما على ماسيأتى بعد وخالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت انما هو للعصر فقط وانه ليس هاهنا وقت مشترك * وسبب اختلافهم فى ذلك هو اختلافهم فى جواز الجمع بين الصلاتين فى السفر فى وقت احداهما على ماسيأتى بعد فمن تمسك بالنص الوارد فى صلاة العصر أعنى الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يجز الاشتراك فى الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام: لايفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سنذكره بعد فى باب الجمع من حجيج الفريقين قال انه لايكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك فى الجمع فى السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضاً صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشتركا للظهر والعصر والمغرب والعشاء.

(المسئلة الثانية) اختلف مالك والشافعى فى آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى ان يبقى للنهار مقدار اربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر انما هو اما مقدار اربع ركعات للحاضر بعد الزوال واما ركعتان للمسافر وجعل الوقت الخاص

بالعصر اما اربع ركعات قبل المغيب للحاضر واما اثنان للمسافر اعنى انه من ادرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه الا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن ادرك اكثر من ذلك ادرك الصلاتين معاً او حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل فى اشتراك المغرب والعشاء الا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل ان يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الاخيرة كما فعل فى العصر فقال هو مقدار اربع ركعات وهو القياس وجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر. واما الشافعى فجعل حدود اواخر هذه الاوقات المشتركة حداً واحداً وهو ادراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهر والعصر معاً ومقدار ركعة ايضا قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة اعنى انه من ادرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً واما ابو حنيفة فوافق مالكا فى ان اخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عنده قبل الغروب ولم يوافق فى الاشتراك والاختصاص * وسبب اختلافهم اعنى مالكا والشافعى هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضى ان لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك ام انما يقتضى ان لهما وقتاً مشتركا فقط وحجة الشافعى ان الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص واما مالك فقاس الاشتراك عنده فى وقت الضرورة على الاشتراك عنده فى وقت التوسعة اعنى انه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب ان يكون الامر كذلك فى اوقات الضرورة والشافعى لا يوافقه على اشتراك الظهر والعصر فى وقت التوسعة فخلافهما فى هذه المسئلة انما ينبنى والله اعلم على اختلافهم فى تلك الاولى فتأمله فانه بين والله اعلم.

(المسئلة الثالثة) واما هذه الاوقات اعنى اوقات الضرورة فاتفقوا على انها لأربع للحائض تطهر فى هذه الاوقات او تحيض فى هذه الاوقات وهى لم تصل والمسافر يذكر الصلاة فى هذه الاوقات وهو حاضر او الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبى يبلغ فيها والكافر يسلم. واختلفوا فى المغمى عليه فقال مالك والشافعى هو كالحائض من اهل هذه الاوقات لانه لا يقضى عندهم الصلاة التى ذهب وقتها وعند ابى حنيفة انه يقضى الصلاة فيما دون الخمس فاذا افاق عنده من اغمائه متى ما افاق قضى الصلاة وعند الآخر انه اذا افاق فى اوقات الضرورة لزمته الصلاة التى افاق فى وقتها واذا لم يفق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتى مسئلة المغمى عليه فيما بعد. واتفقوا على ان المرأة اذا طهرت فى هذه الاوقات انما تجب عليها الصلاة

التى طهرت فى وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقى من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقى خمس ركعات فالصلاتان معاً وعند الشافعى ان بقى ركعة للغروب فالصلاتان معاً كما قلنا أو تكبيرة على القول الثانى له وكذلك الامر عند مالك فى المسافر الناسى يحضر فى هذه الاوقات او الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم فى هذه الاوقات أعنى انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبى يبلغ. والسبب فى ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعى جزء الركعة حداً مثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالاقل على الاكثر وعند الشافعى من باب التنبيه بالاكثر على الاقل وأيد هذا بما روى: من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة هاهنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذى قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد الفراغ من طهرها وكذلك الصبى يبلغ. وأما الكافر يسلم فيعتد له بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمغمى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت فى هذه الاوقات وهى لم تصل بعد ان القضاء ساقط عنها والشافعى يرى ان القضاء واجب عليها وهو لازم لمن يرى ان الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا ان يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبى حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبى حنيفة أعنى جاريا على اصوله لا على اصول قول مالك.

﴿ الفصل الثانى من الباب الاول فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها فى موضعين ، أحدهما فى عددها ، والثانى فى الصلوات التى يتعلق النهى عن فعلها فيها.

(المسئلة الاولى) اتفق العلماء على ان ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها وهى وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا فى وقتين فى وقت الزوال وفى الصلاة بعد العصر فذهب مالك واصحابه الى ان الاوقات ان المنهى عنها هى اربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وبعد العصر واجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعى الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهى عنها الا وقت الزوال يوم

الجمعة فانه اجاز فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف في ذلك احد شيئين اما معارضة أثر لأثر واما معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل اعنى عمل اهل المدينة وهو مالك بن انس فحيث ورد النهى ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل اتفقوا عليه وحيث ورد المعارض اختلفوا. اما اختلافهم فى وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه للاثر وذلك انه ثبت من حديث عقبة بن عامر الجهنى انه قال ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلى فيها وان نقبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرجه مسلم وحديث ابى عبد الله الصنابحى فى معناه ولكنه منقطع خرجه مالك فى موطأه فمن الناس من ذهب الى منع الصلاة فى هذه الاوقات الثلاثة كلها ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال اما باطلاق وهو مالك واما فى يوم الجمعة فقط وهو الشافعى. اما مالك فلان العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يجده على الوقت الثالث اعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد ان ذلك النهى منسوخ بالعمل. واما من لم ير للعمل تأثيراً فبقى على اصله فى المنع وقد تكلمنا فى العمل وقوته فى كتابنا فى الكلام الفقهى وهو الذى يدعى باصول الفقه. واما الشافعى فلما صح عنده ماروى ابن شهاب عن ثعلبة بن ابى مالك القرظى انهم كانوا فى زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم ان خروج عمر كان بعد الزوال على ماصح ذلك من حديث الطنفسة التى كانت تطرح الى جدار المسجد الغربى فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع مارواه ايضاً عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهى يوم الجمعة وقوى هذا الاثر عنده العمل فى أيام عمر بذلك وان كان الاثر عنده ضعيفاً. واما من رجح الاثر الثابت فى ذلك فبقى على اصله فى النهى. واما اختلافهم فى الصلاة بعد صلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة فى ذلك وذلك ان فى ذلك حديثين متعارضين، احدهما حديث ابى هريرة المتفق على صحته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، والثانى حديث عائشة قالت: ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين فى بيتى قط سراً ولا علانية ركعتين قبل الفجر وركعتين بعد العصر فمن رجح حديث ابى هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة اورآه ناسخاً لانه العمل الذى مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث ام سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انها رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى

ركعتين بعد العصر فسألته عن ذلك فقال انه أتانى ناس من عبد القيس فشغلونى عن الركعتين اللتين بعد الظهر وهما هاتان.

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى الصلاة التى لاتجوز فى هذه الاوقات فذهب أبو حنيفة واصحابه الى انها لاتجوز فى هذه الاوقات صلاة باطلاق لافريضة مقضية ولا سنة ولا نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذا نسيه. واتفق مالك والشافعى انه يقضى الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات. وذهب الشافعى الى ان الصلوات التى لاتجوز فى هذه الاوقات هى النوافل فقط التى تفعل لغير سبب وأن السنن مثل صلاة الجنازة تجوز فى هذه الاوقات ووافقه مالك فى ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعنى فى السنن وخالفه فى التى تفعل لسبب مثل ركعتى المسجد فان الشافعى يجيزها تين الركعتين بعد العصر وبعد الصبح ولايجيز ذلك مالك واختلف قول مالك فى جواز السنن عند الطلوع والغروب وقال الثورى فى الصلوات التى لاتجوز فى هذه الاوقات هى ماعدا الفرض ولم يفرق سنة من نفل فيتحصل فى ذلك ثلاثة اقوال، قول هى الصلوات باطلاق، وقول انها ماعدا المفروض سواء كانت سنة أو نفلا، وقول انها النفل دون السنن وعلى الرواية التى منع مالك فيها صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن معاً عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف فى ذلك اختلافهم فى الجمع بين العمومات المتعارضة فى ذلك أعنى الواردة فى السنة وأى يخص بأى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا نسى أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضى استغراق جميع الاوقات وقوله فى أحاديث النهى فى هذه الاوقات: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها يقتضى ايضاً عموم اجناس الصلوات أعنى المفروضات والسنن والنوافل فمتى حملنا الحديثين على العموم فى ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذى يقع بين العام والخاص اما فى الزمان واما فى اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء فى الزمان أعنى استثناء الخاص من العام منع الصلوات باطلاق فى تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة المنصوص عليها بالقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ماعدا الفرض فى تلك الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: من ادرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد ادرك العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح ايضاً للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن

المدرك لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرك لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح. واما الكوفيون فلهم ان يقولوا ان هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التى تعلق النهى بها فى تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس فى معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم ان يقولوا فى الصبح لو سلموا انه يقضى فى الوقت المنهى عنه فاذاً الخلاف بينهم آئل الى ان المستثنى الذى ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص او من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هى صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام واذا كان ذلك كذلك فليس ها هنا دليل قاطع على ان الصلوات المفروضة هى المستثناة من اسم الصلوة الفائتة كما انه ليس ها هنا دليل اصلا لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد فى أحاديث النهى من الزمان العام الوارد فى أحاديث الامر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها فى أحاديث الامر من الصلاة العامة المنطوق بها فى أحاديث النهى وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان فى كل واحد منهما عام وخاص لم يجب ان يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل اعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذاك من عام هذا وذلك بين والله أعلم .

﴿ الباب الثانى فى معرفة الأذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضاً الى فصلين ، الاول فى الأذان، والثانى فى الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام فى خمسة اقسام، الاول فى صفته، الثانى فى حكمه، الثالث فى وقته، الرابع فى شروطه، الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الأول من الباب الثانى فى صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء فى الأذان على أربع صفات مشهورة. احداها تثنية التكبير فيه وتربيع الشهادتين وباقيه مثنى وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره. واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو ان يثنى الشهادتين اولا خفياً ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت والصفة الثانية أذان المكيين وبه قال الشافعى وهو تربيع التكبير الاول والشهادتين وتثنية

باقى الاذان، والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاوّل وتثنية باقى الاذان وبه قال ابو حنيفة ، والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الاوّل وتثليث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا اله الا الله حتى يصل حى على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية اعنى الاربع كلمات سبعاً ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار فى ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة والمكيون كذلك ايضاً يحتجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما تثنية التكبير فى اوله على مذهب اهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبى محذورة وعبد الله بن زيد الانصارى وتربيعه ايضاً مروى عن أبى محذورة من طرق اخر . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . واما الترجيع الذى اختاره المتأخرون من اصحاب مالك فروى من طريق أبى قدامة قال ابو عمر وابو قدامة عندهم ضعيف . واما الكوفيون فبحديث أبى ليلى وفيه ان عبد الله بن زيد رأى فى المنام رجلا قام على خرم حائط وعليه بردان اخضران فاذن مثنى واقام مثنى وانه اخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثنى واقام مثنى والذى خرجه البخارى فى هذا الباب انما هو من حديث انس فقط وهو ان بلالا امر ان يشفع الاذان ويوتر الاقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنيها وخرج مسلم عن أبى محذورة على صفة اذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد فى الاذان رأى احمد بن حنبل وداود ان هذه الصفات المختلفة انما وردت على التخيير لا على ايجاب واحدة منها وان الانسان مخير فيها واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها ام لا فذهب الجمهور الى انه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المسنون وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم او انما قيل فى زمان عمر .

﴿ القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى ﴾

اختلف العلماء فى حكم الاذان هل هو واجب او سنة مؤكدة وان كان واجباً فهل هو من فروض الأعيان او من فروض الكفاية فقيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة . وقال بعض اهل الظاهر

هو واجب على الأعيان. وقال بعضهم على الجماعة كانت فى سفر أو فى حضر. وقال بعضهم فى السفر واتفق الشافعى وابو حنيفة على انه سنة للمنفرد والجماعة الا انه آكد فى حق الجماعة قال ابو عمر واتفق الكل على انه سنة مؤكدة اوفرض على المصرى لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا سمع النداء لم يغر واذا لم يسمعه اغار * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك انه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمالك ابن الحويرث ولصاحبه : اذا كنتما فى سفر فاذنا واقيما وليؤمكما اكبركما وكذلك ماروى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم فى الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال انه فرض على الاعيان او على الجماعة وهو الذى حكاه ابن المغلس عن داود ومن فهم منه الدعاء الى الاجتماع للصلاة قال انه سنة المساجد اوفرض فى المواضع التى يجتمع اليها الجماعة فسبب الخلاف هو تردده بين ان يكون قولا من اقاويل الصلاة المختصة بها اويكون المقصود به هو الاجتماع .

﴿ القسم الثالث من الفصل الاول ﴾

واما وقت الاذان فاتفق الجميع على انه لايؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعى الى انه يجوز ان يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك ابو حنيفة وقال قوم لابد للصبح اذا اذن لها قبل الفجر من اذان بعد الفجر لان الواجب عندهم هو الاذان بعد الفجر. وقال ابو محمد بن حزم لابد لها من اذان بعد الوقت وان اذن قبل الوقت جاز اذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الاول ويصعد الثانى . والسبب فى اختلافهم انه ورد فى ذلك حديثان متعارضان ، احدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ان بلالا ينادى بليل فكلوا واشربوا حتى ينادى ابن ام مكتوم . وكان ابن ام مكتوم رجلا اعمى لاينادى حتى يقال له اصبحت اصبحت والثانى ماروى عن ابن عمر ان بلالا أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبى صلى الله عليه وسلم ان يرجع فينادى الا ان العبد قد نام وحديث الحجازيين اثبت وحديث الكوفيين ايضاً خرجه ابوداود وصححه كثير من اهل العلم فذهب الناس فى هذين الحديثين امامذهب الجمع وامامذهب الترجيح فأمامن ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال اثبت والمصير اليه اوجب وامامن ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك انهم قالوا يحتمل ان يكون نداء بلال فى وقت يشك فيه فى طلوع الفجر لانه كان فى بصره ضعف ويكون نداء ابن ام مكتوم فى وقت يتيقن فيه طلوع

الفجر ويدل على ذلك ماروى عن عائشة انها قالت لم يكن بين اذانهما الا بقدر مايهبط هذا ويصعد هذا .واما من قال انه يجمع بينهما اعنى ان يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ماروى من ذلك فى صلاة الصبح خاصة اعنى انه كان يؤذن لها فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن ام مكتوم .

﴿ القسم الرابع من الفصل الاول فى الشروط ﴾

وفى هذا القسم مسائل ثمانية ، احداها هل من شروط من اذن ان يكون هو الذى يقيم ام لا ، والثانية هل من شروط الاذان ان لايتكلم فى اثنائه ام لا ، والثالثة هل من شروطه ان يكون على طهارة ام لا ، والرابعة هل من شروطه ان يكون متوجهاً الى القبلة ام لا، والخامسة هل من شروطه ان يكون قائما ام لا، والسادسة هل يكره اذان الراكب ام ليس يكره ، والسابعة هل من شروطه البلوغ ام لا ، والثامنة هل من شروطه الا يأخذ على الاذان اجراً ام يجوز له ان يأخذه . فأما اختلافهم فى الرجلين يؤذن احدهما ويقيم الآخر فأكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم الى ان ذلك لايجوز * والسبب فى ذلك انه ورد فى هذا حديثان متعارضان احدهما حديث الصدائى قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان اوان الصبح أمرنى فأذنت ثم قام الى الصلاة فجاء بلال ليقيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان اخاصدا اذن ومن اذن فهو يقيم والحديث الثانى ماروى ان عبدالله بن زيد حين ارى الاذان امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالا فأذن ثم امر عبدالله فأقام فمن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبدالله بن زيد متقدم وحديث الصدائى متأخر ومن ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبدالله بن زيد اثبت لان حديث الصدائى انفرد به عبد الرحمن بن زيادة الافريقى وليس بحجة عندهم. واما اختلافهم فى الاجرة على اذان فلمكان اختلافهم فى تصحيح الخبر الوارد فى ذلك اعنى حديث عثمان بن ابى العاص وفيه انه قال من آخر ماعهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجراً ومن منعه قاس الاذان فى ذلك على الصلاة. واما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة اوجب تلك الشروط الموجودة فى الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك. قال ابو عمر بن عبد البر قد روينا عن ابى وائل بن حجر قال حق وسنة مسنونة الا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال وابو وائل هو من الصحابة وقوله سنة يدخل فى المسند وهو اولى من القياس (قال القاضى)وقد خرج الترمذى عن ابى هريرة انه عليه

الصلاة والسلام قال لايؤذن الا متوضئ .

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول مايقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى انه يقول مثل مايقول المؤذن الا اذا قال حى على الصلاة حى على الفلاح فانه يقول لاحول ولاقوة الا بالله * والسبب فى الاختلاف فى ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث ابى سعيد الخدرى انه عليه الصلاة والسلام قال: اذا سمعتم المؤذن فقولوا مثل مايقول . وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية ان السامع يقول عند حى على الصلاة حى على الفلاح : لاحول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح اخذ بعموم حديث ابى سعيد الخدرى ومن بنى العام فى ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن انس .

﴿ الفصل الثانى ﴾

(من الباب الثانى من الجملة الثانية فى الاقامة)

اختلفوا فى الاقامة فى موضعين فى حكمها وفى صفتها . اما حكمها فانها عند فقهاء الامصار فى حق الأعيان والجماعات سنة مؤكدة اكثر من الاذان وهى عند اهل الظاهر فرض ولاادرى هل هى فرض عندهم على الاطلاق اوفرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لاتبطل الصلاة بتركها وعلى الثانى تبطل . وقال ابن كنانة من اصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلافهم هل هى من الافعال التى وردت بياناً لمجمل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام : صلوا كما رأيتمونى اصلى ام هى من الافعال التى تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً اما فى الجماعة واما على المنفرد . واما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعى اما التكبير الذى فى اولها فمثنى واما مابعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قدقامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعى مرتين . واما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخير احمد بن حنبل بين الافراد والتثنية على رأيه فى التخيير فى النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث انس فى هذا المعنى وحديث ابى ليلى المتقدم وذلك ان فى حديث انس الثابت : امر

بلال ان يشفع الاذان ويفرد الاقامة الا قدقامت الصلاة . وفى حديث ابى ليلى انه عليه الصلاة والسلام: أمر بلالا فأذن مثنى واقام مثنى . والجمهور انه ليس على النساء اذان ولا اقامة . وقال مالك ان أقمن فحسن وقال الشافعى ان اذن وأقمن فحسن وقال اسحاق ان عليهن الاذان والاقامة . وروى عن عائشة انها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولا تؤم وقيل الاصل انها فى معنى الرجل فى كل عبادة الا ان يقوم الدليل على تخصيصها أم فى بعضها هى كذلك وفى بعضها يطلب الدليل .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية فى القبلة ﴾

اتفق المسلمون على ان التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) . أما اذا أبصر البيت فالفرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولاخلاف فى ذلك واما اذا غابت الكعبة عن الابصار فاختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما هل الفرض هو العين او الجهة، والثانى هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد اعنى اصابة الجهة او العين عند من اوجب العين فذهب قوم الى ان الفرض هو العين وذهب آخرون الى انه الجهة * والسبب فى اختلافهم هل فى قوله تعالى (فول وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره (١) ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس هاهنا محذوف اصلا وان الكلام على حقيقته فمن قدر هنالك محذوفا قال الفرض الجهة ومن لم يقدر هنالك محذوفا قال الفرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز وقد يقال ان الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام: مابين المشرق والمغرب قبلة اذا توجه نحو البيت قالوا واتفاق المسلمين على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على ان الفرض ليس هو العين اعنى اذا لم تكن الكعبة مبصرة. والذى اقول انه لوكان واجباً قصد العين لكان حرجا وقد قال تعالى (وماجعل عليكم فى الدين من حرج) فان اصابة العين شئ لايدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد فى ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها .

(واما المسئلة الثانية) فهى هل فرض المجتهد فى القبلة الاصابة او الاجتهاد فقط حتى يكون اذا قلنا ان فرضه الاصابة متى تبين له انه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا ان فرضه الاجتهاد لم يجب ان يعيد اذا تبين له ان أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده. أما الشافعى فزعم ان فرضه

(١) المحذوف المراد تقديره فى الآية ساقط من النسخ التى بأيدينا ولم نقف على تقديره فى مكانه من الكتب

الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ اعاد ابداً وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته مالم يتعمد او صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكا استحب له الاعادة فى الوقت * وسبب الخلاف فى ذلك معارضة الاثر للقياس مع الاختلاف ايضاً فى تصحيح الاثر الوارد فى ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعنى بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان الفرض فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكلف انه صلى قبل الوقت اعاد ابداً الا خلافا شاذاً فى ذلك عن ابن عباس وعن الشعبى وماروى عن مالك من ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل غيبوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاها قبل غيبوبة الشفق انه قد مضت صلاته . ووجه الشبه بينهما ان هذا ميقات وقت وهذا ميقات جهة واما الاثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليلة ظلماء فى سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (ولله المشرق والمغرب فاينما تولوا فثم وجه الله) وعلى هذا فتكون هذه الآية محكمة وتكون فيمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فمن لم يصح عنده هذا الاثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الاثر لم يبطل صلاته . وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى جواز الصلاة فى داخل الكعبة وقد اختلفوا فى ذلك فمنهم من منعه على الاطلاق ومنهم من اجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين النفل فى ذلك والفرض * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك والاحتمال المتطرق لمن استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلا للبيت كما يسمى من استقبله من خارج أم لا . أما الاثر فانه ورد فى ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت ، أحدهما حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعا فى نواحيه كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين فى قبل الكعبة وقال هذه القبلة ، والثانى حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة هو وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة وبلال ابن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالا حين خرج ماذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جعل عموداً عن يساره وعموداً عن يمينه وثلاثة أعمدة وراءه ثم صلى فمن ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال اما بمنع الصلاة مطلقاً ان رجح حديث ابن عباس واما باجازتها مطلقاً ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل حديث ابن عباس على الفرض وحديث ابن عمر على النفل والجمع بينهما فيه عسر فان الركعتين اللتين صلاهما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هى نفل ومن ذهب مذهب

سقوط الاثر عند التعارض فان كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجماع والاتفاق لم يجز الصلاة داخل البيت اصلا وان كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجماع عاد النظر فى انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه اجاز الصلاة ومن لم يجوزه وهو الاظهر لم يجز الصلاة فى البيت . واتفق العلماء بأجمعهم على استحباب السترة بين المصلى والقبلة اذا صلى منفرداً كان او اماما وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : اذا وضع احدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلفوا فى الخط اذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه ان يخط وقال احمد بن حنبل يخط خطاً بين يديه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح الاثر الوارد فى الخط والاثر رواه ابو هريرة انه عليه الصلاة والسلام قال : اذا صلى احدكم فليجعل تلقاء وجهه شيأ فان لم يكن فلينصب عصا فان لم تكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره من مر بين يديه خرجه ابو داود وكان احمد بن حنبل يصححه والشافعى لا يصححه وقد روى انه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت انه كان يخرج له العنزة فهذه جملة قواعد هذا الباب وهى اربع مسائل.

﴿ الباب الرابع من الجملة الثانية ﴾

هذا الباب ينقسم الى فصلين ، احدهما فى ستر العورة ، والثانى فيما يجزئ من اللباس فى الصلاة.

﴿ الفصل الاول ﴾

اتفق العلماء على ان ستر العورة فرض باطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة املا وكذلك اختلفوا فى حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك انها من سنن الصلاة وذهب ابو حنيفة والشافعى الى انها من فروض الصلاة * وسبب الخلاف فى ذلك تعارض الآثار واختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (يابنى آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الامر بذلك على الوجوب اوعلى الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بان سبب نزول هذه الآية كان ان المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بعضه أو كله * ومابدا منه فلا أحله

فنزلت هذه الآية وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التى هى زينة واحتج لذلك بما جاء فى الحديث من انه كان رجال يصلون مع النبى

عليه الصلاة والسلام عاقدى ازرهم على اعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لاترفعن رؤوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما به يستر عورته لم يختلف فى انه يصلى واختلف فيمن عدم الطهارة هل يصلى ام لا يصلى .

(واما المسئلة الثانية) وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعى الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال ابو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل * وسبب الخلاف فى ذلك اثران متعارضان كلاهما ثابت ، احدهما حديث جرهد ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثانى حديث انس ان النبى صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع اصحابه قال البخارى وحديث انس اسند وحديث جرهد احوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

(واما المسئلة الثالثة) وهى حد العورة فى المرأة فاكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب ابو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب ابو بكر بن عبد الرحمن واحمد الى ان المرأة كلها عورة * وسبب الخلاف فى ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه اعضاء محدودة ام انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فمن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى (يا ايها النبى قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها فى الحج .

﴿ الفصل الثانى من الباب الرابع فيما يجزئ من اللباس فى الصلاة ﴾

اما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهى الوارد عن هيئات بعض الملابس فى الصلاة . وذلك انهم اتفقوا فيما احسب على ان الهيئات من اللباس التى نهى عن الصلاة فيها مثل اشتمال الصماء وهو ان يجتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على عاتقه منه شئ وان يجتبى الرجل فى ثوب واحد ليس على فرجه منه شئ وسائر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة الا تنكشف عورته ولا اعلم ان احداً قال لا تجوز صلاة على احدى هذه الهيئات ان لم تنكشف عورته وقد كان على اصول اهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزئ الرجل من اللباس فى الصلاة الثوب الواحد لقول النبى صلى الله عليه وسلم وقد سئل ايصلى الرجل فى الثوب الواحد فقال : اولكلكم ثوبان . واختلفوا

فى الرجل يصلى مكشوف الظهر والبطن فالجمهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته لنهيه صلى الله عليه وسلم ان يصلى الرجل فى الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شئ وتمسك بوجوب قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) واتفق الجمهور على ان اللباس المجزئ للمرأة فى الصلاة هو درع وخمار لما روى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلى فيه المرأة فقال : فى الخمار والدرع السابغ اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى ايضا عن عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار وهو مروى عن عائشة وميمونة وام سلمة انهم كانوا يفتون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة اعادت فى الوقت وبعده الا مالكا فانه قال انها تعيد فى الوقت فقط والجمهور على ان الخادم لها ان تصلى مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصرى يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا ام الاحرار فقط دون العبيد . واختلفوا فى صلاة الرجل فى ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحبوا له الاعادة فى الوقت * وسبب اختلافهم فى ذلك هل الشئ المنهى عنه مطلقا اجتنابه شرط فى صحة الصلاة ام لا فمن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطا فى صحة الصلاة كالطهارة التى هى شرط . وهذه المسئلة هى من نوع الصلاة فى الدار المغصوبة والخلاف فيها مشهور .

﴿ الباب الخامس ﴾

واما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد ان يقول انها فرض فى الصلاة اى من شروط صحتها واما من قال انها فرض باطلاق فيجوز ان يقول انها فرض فى الصلاة ويجوز ان لا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب فى ذلك قولين ، احدهما ان ازالة النجاسة شرط فى صحة الصلاة فى حال القدرة والذكر ، والقول الآخر انها ليست شرطا والذى حكاه من انها شرط لا يتخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وانما يتخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقد مضت هذه المسئلة فى كتاب الطهارة وعرف هنالك اسباب الخلاف فيها وانما الذى يتعلق به ههنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع فى الصلاة يجب ان يكون فرضا فى الصلاة ام لا والحق ان الشئ المأمور به على الاطلاق لا يجب ان يكون شرطا فى صحة شئ ما الا بأمر آخر .

﴿ الباب السادس ﴾

واما المواضع التى يصلى فيها فان من الناس من اجاز الصلاة فى كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعاطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة فى هذه المواضع المنهى عنها ولم يبطلها وهو احد ماروى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك ان ها هنا حديثين متفق على صحتهما وحديثين مختلف فيهما. فاما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام: أعطيت خمساً لم يعطهن احد قبلى وذكر فيها وجعلت لى الارض مسجداً وطهوراً فاين ما أدركتنى الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام: اجعلوا من صلاتكم فى بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً. واما الغير المتفق عليهما فاحدهما ماروى انه عليه الصلاة والسلام نهى ان يصلى فى سبعة مواطن فى المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفى الحمام وفى معاطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذى، والثانى ماروى انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا فى مرابض الغنم ولا تصلوا فى اعطان الابل فذهب الناس فى هذه الاحاديث ثلاثة مذاهب، احدها مذهب الترجيح والنسخ» والثانى مذهب البناء اعنى بناء الخاص على العام، والثالث مذهب الجمع. فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لى الارض مسجداً وطهورا وقال هذا ناسخ لغيره لان هذه هى فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه. واما من مذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهى خاص فيجب ان يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى ايضاً النهى عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم. واما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال احاديث النهى محمولة على الكراهة والاول على الجواز. واختلفوا فى الصلاة فى البيع والكنائس فكرهها قوم واجازها قوم وفرق قوم بين ان يكون فيها صور او لا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من اجل التماثيل والعلة فيمن كرهها الا من اجل التصاوير حملها على النجاسة. واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا فى الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقعد عليه على الارض والجمهور على اباحة السجود على الحصير

ومايشبهه مما تنبته الارض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن انس [١].

﴿ الباب السابع ﴾

واما التروك المشترطة فى الصلاة فاتفق المسلمون على ان منها قولا ومنها فعلا. فاما الافعال فجميع الافعال المباحة التى ليست من افعال الصلاة الا قتل العقرب والحية فى الصلاة فانهم اختلفوا فى ذلك لمعارضة الاثر فى ذلك للقياس واتفقوا فيما احسب على جواز الفعل الخفيف. واما الاقوال فهى ايضا الاقوال التى ليست من اقاويل الصلاة وهذه ايضاً لم يختلفوا انها تفسد الصلاة عمداً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: ان الله يحدث من امره مايشاء ومما احدث الا تكلموا فى الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث زيد بن ارقم انه قال: كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ان صلاتنا لا يصلح فيها شىء من كلام الناس انما هو التسبيح والتهليل والتحميد وقراءة القرآن الا انهم اختلفوا من ذلك فى موضعين، احدهما اذا تكلم ساهيا والآخر اذا تكلم عامداً لاصلاح الصلاة وشذ الاوزاعى فقال من تكلم فى الصلاة لاحياء نفس او لامر كبير فانه يبنى والمشهور من مذهب مالك ان التكلم عمداً على جهة الاصلاح لا يفسدها. وقال الشافعى يفسدها التكلم كيف كان الا مع النسيان. وقال ابو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان * والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث فى ذلك وذلك ان الاحاديث المتقدمة تقتضى تحريم الكلام على العموم وحديث ابى هريرة المشهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من اثنتين فقال له ذو اليدين اقصرت الصلاة ام نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصدق ذو اليدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين اخريين ثم سلم ظاهره ان النبى صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وانهم بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك التكلم صلاتهم فمن اخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شىء يخص الكلام لاصلاح الصلاة استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن انس ومن ذهب الى انه ليس فى الحديث دليل على انهم تكلموا عمداً فى الصلاة وانما يظهر منهم انهم تكلموا وهم يظنون ان الصلاة قد قصرت وتكلم النبى عليه الصلاة والسلام وهو يظن ان الصلاة قد تمت ولم يصح عنده ان الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان المفهوم من الحديث انما هو اجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب فى اختلاف مالك والشافعى

[١] لا يخفى مافى هذه العبارة فتدبر

في المستثنى من ذلك العموم هو اختلافهم في مفهوم هذا الحديث مع ان الشافعي اعتمد أيضاً في ذلك اصلا عاما وهو قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى انها ناسخة لحديث ذي اليدين وانه متقدم عليها.

﴿ الباب الثامن ﴾

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة اعني من المصالح المحسوسة. واختلفوا هل من شرط نية المأموم ان توافق نية الامام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز ان يصلي المأموم ظهراً بامام يصلي عصراً ولا يجوز ان يصلي الامام ظهراً يكون في حقه نفلا وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجب ان يوافق نية المأموم نية الامام وذهب الشافعي الى انه ليس يجب* والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: انما جعل الامام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من انه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فمن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: انما جعل الامام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الامام للمأموم ومن رأى ان الاباحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الاصل قال لا يخلو الامر في ذلك الحديث الثاني من احد أمرين اما ان يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لان ظاهره انما هو في الافعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ واما ان يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم. وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها اذ كان غرضنا على القصد الاول انما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

﴿ الجملة الثالثة من كتاب الصلاة ﴾

وهو معرفة ما تشتمل عليه من الاقوال والافعال وهي الاركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان اما من قبل الانفراد والجماعة واما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الايام واما من قبل الحضر والسفر واما من قبل الأمن والخوف واما من قبل الصحة والمرض فاذا أريد ان يكون القول في هذه صناعياً وجاريا على نظام فيجب ان يقال اولا فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الاسهل وان كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما وهو الذي سلكه الفقهاء ونحن نتبعهم في ذلك فنجعل هذه الجملة منقسمة الى ستة أبواب، الباب الاول في صلاة المنفرد

الحاضر الامن الصحيح ، الباب الثاني في صلاة الجماعة اعني في احكام الامام والمأموم في الصلاة ، الباب الثالث في صلاة الجمعة ، الباب الرابع في صلاة السفر ، الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان. الفصل الاول في اقوال الصلاة. والفصل الثاني في افعال الصلاة.

﴿ الفصل الاول ﴾

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

﴿ المسألة الاولى ﴾ اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم اوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور* وسبب اختلاف من اوجبه كله ومن اوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام . فأما ما نقل من قوله فحديث ابي هريرة المشهور ان النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة : اذا اردت الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كبر ثم اقرأ فمفهوم هذا هو ان التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره له كما ذكر سائر فروض الصلاة ، واما ما نقل من فعله فمنها حديث ابي هريرة انه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول اني لأشبهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال: صليت انا وعمران بن الحصين خلف علي بن ابي طالب رضي الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا اخذ عمران بيده فقال اذكرني هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالقائلون بايجابه تمسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل افعاله التي أتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم : صلوا كما رأيتموني أصلي وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الآثار يدل على ان العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان ابو هريرة يقول اني لأشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران اذكرني هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم، واما من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التي في الصلاة مما ليست بواجب اذ قاس

تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات. قال ابو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزى عن ابيه قال صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما رواه احمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكأن هؤلاء رأوا ان التكبير انما هو لمكان اشعار الامام للمأمومين بقيامه وقعوده ويشبه ان يكون الى هذا ذهب من رآه كله نفلا .

(المسئلة الثانية) قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله اكبر وقال الشافعى الله اكبر والله الاكبر اللفظان كلاهما يجزىء . وقال ابو حنيفة يجزىء من لفظ التكبير كل لفظ فى معناه مثل الله الاعظم والله الاجل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به فى الافتتاح أو المعنى وقد استدل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا الالف واللام ها هنا للحصر والحصر يدل على ان الحكم خاص بالمنطوق به وانه لا يجوز لغيره وليس يوافقهم ابو حنيفة على هذا الاصل فان هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو ان يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به ودليل الخطاب عند ابى حنيفة غير معمول به .

(المسئلة الثالثة) ذهب قوم الى ان التوجيه فى الصلاة واجب وهو ان يقول بعد التكبير انى وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعى واما ان يسبح وهو مذهب ابى حنيفة واما ان يجمع بينهما وهو مذهب ابى يوسف صاحبه . وقال مالك ليس التوجيه بواجب فى الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه للعمل عند مالك او الاختلاف فى صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضى) قد ثبت فى الصحيحين عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة اسكاتة قال فقلت يا رسول الله بأبى أنت وامى اسكاتك بين التكبير والقراءة ما تقول قال اقول : اللهم باعد بينى وبين خطاياى كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم نقنى من الخطايا كما ينقى الثوب الابيض من الدنس اللهم اغسل خطاياى بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى استحسان سكتات كثيرة فى الصلاة منها حين يكبر وحين يفرغ من قراءة ام القرآن واذا فرغ من القراءة قبل الركوع وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو ثور والاوزاعى وأنكر ذلك مالك وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث أبى هريرة انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكتات فى صلاته حين يكبر ويفتتح الصلاة وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى افتتاح القراءة فى الصلاة فمنع ذلك مالك فى الصلاة المكتوبة جهراً كانت او سراً لا فى استفتاح ام القرآن ولا فى غيرها من السور واجاز ذلك فى النافلة وقال ابو حنيفة والثورى يقرأها مع ام القرآن فى كل ركعة سراً وقال الشافعى يقرؤها ولا بد فى الجهر جهراً وفى السر سرا وهى عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال احمد وابو ثور وابو عبيد واختلف قول الشافعى هل هى آية من كل سورة ام انما هى آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً * وسبب الخلاف فى هذا آيل الى شيئين ، احدهما اختلاف الآثار فى هذا الباب ، والثانى اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب ام لا . فاما الآثار التى احتج بها من اسقط ذلك فمنها حديث ابن مغفل قال سمعنى ابى وانا اقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بنى اياك والحدث فانى صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر فلم اسمع رجلا منهم يقرؤها قال ابو عمر وبن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ، ومنها ما رواه مالك من حديث انس انه قال قمت وراء ابى بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله اذا افتتحوا الصلاة قال ابو عمر وفى بعض الروايات انه قام خلف النبى عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال ابو عمر والان اهل الحديث قالوا فى حديث انس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطرابا لا تقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ، ومنهم من يذكر عثمان ، ومنهم من لا يذكره ، ومنهم من يقول فكانوا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤن بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم . واما الاحاديث المعارضة لهذا فمنها حديث نعيم بن عبد الله المجمر قال : صليت خلف أبى هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل ام القرآن وقبل السورة وكبر فى الخفض والرفع وقال انا اشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، ومنها حديث ام سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلاف هذه الآثار احدما اوجب اختلافهم فى قراءة بسم الله الرحمن الرحيم فى الصلاة ، والسبب الثانى كما قلنا هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من ام الكتاب وحدها او من كل سورة ام ليست آية لا من ام الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى انها آية من ام الكتاب اوجب قراءتها بوجوب قراءة ام الكتاب عنده فى الصلاة ومن رأى انها آية من اول كل سورة وجب عنده ان يقرأها مع السورة وهذه المسئلة

قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من العجب ماوقع فى هذه المسئلة انهم يقولون ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن فى غير سورة النمل ام انما هى آية من القرآن فى سورة النمل فقط ويحكون على جهة الرد على الشافعى انها لوكانت من القرآن فى غير سورة النمل لبينه رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن نقل تواتراً هذا الذى قاله القاضى فى الرد على الشافعى وظن انه قاطع واما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه ايضاً لوكانت من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبين ذلك وهذا كله تخبط وشئ غير مفهوم فانه كيف يجوز فى الآية الواحدة بعينها ان يقال فيها انها من القرآن فى موضع وانها ليست من القرآن فى موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن حيثما ذكرت وانها آية من سورة النمل وهل هى آية من سورة ام القرآن ومن كل سورة يستفتح بها مختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها فى سائر السور فاتحة وهى جزء من سورة النمل فتأمل هذا فانه بين والله اعلم .

(المسئلة الخامسة) اتفق العلماء على انه لاتجوز صلاة بغير قراءة لا عمداً ولا سهوا الا شيئاً روى عن عمر رضى الله عنه انه صلى فنسى القراءة فقيل له فى ذلك فقال كيف كان الركوع والسجود فقيل حسن فقال : لا بأس اذاً وهو حديث غريب عندهم ادخله مالك فى موطأه فى بعض الروايات والا شيئاً روى عن ابن عباس انه لا يقرا فى صلاة السر وانه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صلوات وسكت فى اخرى فنقرا فيما قرأ ونسكت فيما سكت وسئل هل فى الظهر والعصر قراءة فقال لا واخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه وسلم كان يقرا فى الظهر والعصر قيل فباى شئ كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق الكوفيون بحديث ابن عباس فى ترك وجوب القراءة فى الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء صلاة الجهر والسر فى سكوت النبى صلى الله عليه وسلم فى هاتين الركعتين * واختلفوا فى القراءة الواجبة فى الصلاة فراى بعضهم ان الواجب من ذلك ام القرآن لمن حفظها وان ماعداها ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من اوجبها فى كل ركعة ومنهم من اوجبها فى اكثر الصلاة ومنهم من اوجبها فى نصف الصلاة ومنهم من اوجبها فى ركعة من الصلاة وبالاول قال الشافعى وهى اشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قراها فى ركعتين من الرباعية اجزاته واما من راى انها تجزئ فى ركعة فمنهم الحسن البصرى وكثير من فقهاء البصرة . واما ابو حنيفة فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن اى آية اتفقت ان تقرا وحد اصحابه فى ذلك ثلاث آيات قصار او آية طويلة مثل آية الدين وهذا فى الركعتين الاولين واما فى الاخيرتين فيستحب

عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها * والسبب فى هذا الاختلاف تعارض الآثار فى هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب للاثر . أما الآثار المتعارضة فى ذلك فاحدها حديث أبى هريرة الثابت ان رجلا دخل المسجد فصلى ثم جاء فسلم على النبى عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبى صلى الله عليه وسلم وقال : ارجع فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فامره بالرجوع فعل ذلك ثلاث مرات فقال والذى بعثك بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ماتيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائما ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تطمئن جالسا ثم اسجد حتى تطمئن ساجدا ثم ارفع حتى تستوى قائما ثم افعل ذلك فى صلاتك كلها. وأما المعارض لهذا فحديثان ثابتان متفق عليهما ، أحدهما حديث عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة والسلام قال : لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب وحديث ابى هريرة ايضاً ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صلى صلاة لم يقرأ فيها بام القرآن فهى خداج فهى خداج ثلاثا وحديث أبى هريرة المتقدم ظاهره انه يجزئ من القراءة فى الصلاة ماتيسر من القرآن وحديث عبادة وحديث أبى هريرة الثانى يقتضيان ان أم القرآن شرط فى الصلاة وظاهر قوله تعالى : فأقرؤوا ماتيسر منه يعضد حديث أبى هريرة المتقدم. والعلماء المختلفون فى هذه المسئلة اما ان يكونوا ذهبوا فى تأويل هذه الاحاديث مذهب الجمع واما ان يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين يتصور هذا المعنى وذلك انه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ماتيسر من القرآن له ان يقول هذا ارجح لان ظاهر الكتاب يوافقه وله ان يقول على طريق الجمع انه يمكن أن يكون حديث عبادة المقصود به نفى الكمال لا نفى الاجزاء وحديث أبى هريرة المقصود منه الاعلام بالمجزئ من القراءة اذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاؤلئك ايضاً ان يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الاحاديث أوضح لانها أكثر وايضاً فان حديث أبى هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذى فيه يقول الله تعالى : قسمت الصلاة بينى وبين عبدى نصفين نصفها لى ونصفها لعبدى ولعبدى ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدنى عبدى الحديث ولهم أن يقولوا ايضاً ان قوله عليه الصلاة والسلام: ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الاخر معينة والمعين يقضى على المبهم وهذا فيه عسر فان معنى حرف ما ههنا انما هو معنى أى شئ تيسر وانما يسوغ هذا ان دلت ما فى كلام العرب على ماتدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير

الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الالف واللام فى الظاهر تدل على العهد فينبغى ان يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا اعنى تجوز فى موطن ماقتدل بها على شئ معين فليسغ هذا التأويل والافلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ. واما اختلاف من أوجب أم الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسببه احتمال عودة الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام: لم يقرأ فيها بام القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها او فى الجزء اعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصار أباحنيفة الى ان يترك القراءة أيضاً فى بعض الصلاة اعنى فى الركعتين الاخيرتين واختار مالك ان يقرأ فى الركعتين الاولين من الرباعية بالحمد وسورة وفى الاخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعى ان يقرأ فى الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا ان السورة التى تقرأ فى الاولين تكون أطول فذهب مالك الى حديث أبى قتادة الثابت انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الاولين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفى الأُخريين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضاً انه كان يقرأ فى الركعتين الاولين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الاخريين قدر خمس عشرة آية ولم يختلفوا فى العصر لاتفاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث أبى سعيد هذا انه كان يقرأ فى الاولين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الأُخريين قدر النصف من ذلك .

(المسئلة السادسة) اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على فى ذلك قال نهانى جبريل صلى الله عليه وسلم ان اقرأ القرآن راكعاً وساجداً قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله أعلم. واختلفوا هل فى الركوع والسجود قول محدود يقوله المصلى أم لا فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وابو حنيفة واحمد وجماعة غيرهم الى ان المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثاً وفى السجود سبحان ربى الاعلى ثلاثاً على ماجاء فى حديث عقبة بن عامر وقال الثورى أحب الى ان يقولها الامام خمساً فى صلاته حتى يدرك الذى خلفه ثلاث تسبيحات * والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عقبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال: ألا وانى نهيت ان اقرأ القرآن راكعاً او ساجداً فاما

الركوع فعظموا فيه الرب واما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء فقمن ان يستجاب لكم وفى حديث عقبة بن عامر انه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم: اجعلوها فى ركوعكم ولما نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال: اجعلوها فى سجودكم وكذلك اختلفوا فى الدعاء فى الركوع بعد اتفاقهم على جواز الثناء على الله فكره ذلك مالك لحديث علىّ انه قال عليه الصلاة والسلام: اما الركوع فعظموا فيه الرب واما السجود فاجتهدوا فيه فى الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء فى الركوع واحتجوا بأحاديث جاء فيها انه عليه الصلاة والسلام دعا فى الركوع وهو مذهب البخارى واحتج بحديث عائشة قالت كان النبى عليه الصلاة والسلام يقول فى ركوعه وسجوده: سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لى. وابو حنيفة لا يجيز الدعاء فى الصلاة بغير الفاظ القرآن ومالك والشافعى يجيز ان ذلك والسبب فى ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

(المسئلة السابعة) اختلفوا فى وجوب التشهد وفى المختار منه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى ان التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعى واحمد وداود * وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك ان القياس يقتضى الحاقه بسائر الاركان التى ليست بواجبة فى الصلاة لاتفاقهم على وجوب القرآن وان التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس انه قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع ان الاصل عند هؤلاء ان افعاله وأقواله فى الصلاة يجب ان تكون محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على خلاف ذلك والاصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو ان ماثبت وجوبه فى الصلاة مما اتفق عليه او صرح بوجوبه فلا يجب ان يلحق به الا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلان متعارضان . واما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذى كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك ايها النبى ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وحده لا شريك له وأشهد ان محمداً عبده ورسوله واختار أهل الكوفة ابو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال أبو عمر وبه قال أحمد وأكثر اهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبى ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله واختار الشافعى وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذى رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبى ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وان محمداً رسول الله * وسبب اختلافهم اختلاف ظنونهم فى الارجح منها فمن غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الاحاديث الثلاثة مال اليه وقد ذهب كثير من الفقهاء الى ان هذا كله على التخيير كالاذان والتكبير على الجنائز وفى العيدين وفى غير ذلك مما تواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعى الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فى التشهد وقال انها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا وتسليما) ذهب الى ان هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور الى انه التسليم الذى يؤتى به عقب الصلاة عليه . وذهب قوم من اهل الظاهر الى انه واجب ان يتعوذ المتشهد من الاربع التى جاءت فى الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة المحيا والممات لانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ فى آخر تشهده وفى بعض طرقه اذا فرغ أحدكم من التشهد الاخير فليتعوذ من أربع الحديث خرّجه مسلم .

(المسئلة الثامنة) اختلفوا فى التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال ابو حنيفة واصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث على وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه : وتحليلها التسليم ومن ذهب الى ان الواجب من ذلك تسليمتان فلما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليمتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك للمأموم تسليمتين وللامام واحدة وقد قيل عنه ان المأموم يسلم ثلاثا الواحدة للتحليل والثانية للامام والثالثة لمن هو عن يساره واما ابو حنيفة فذهب الى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الافريقى أن عبد الرحمن بن رافع وبكر بن سوادة حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا جلس الرجل فى آخر صلاته فأحدث قبل ان يسلم فقد تمت صلاته قال ابو عمرو بن عبد البر وحديث علىّ المتقدم اثبت عند اهل النقل لان حديث عبد الله بن عمرو بن العاصى انفرد به الافريقى وهو عند اهل النقل ضعيف (قال القاضى) ان كان اثبت من طريق النقل فانه محتمل من طريق اللفظ وذلك انه ليس يدل على ان الخروج من الصلاة لا يكون بغير التسليم الا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الاكثر ولكن للجمهور ان يقولوا ان الالف واللام التى للحصر اقوى من دليل الخطاب فى كون حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

(المسئلة التاسعة) اختلفوا فى القنوت فذهب مالك الى ان القنوت فى الصلاة الصبح مستحب وذهب الشافعى الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه لا يجوز القنوت فى صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت فى كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا فى رمضان وقال قوم بل فى النصف الاخير منه وقال قوم بل فى النصف الاول * والسبب فى ذلك اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات فى ذلك على بعض اعنى التى قنت فيها على التى لم يقنت فيها قال ابو عمرو بن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة فى رمضان مستفيض فى الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى دعائه على رعل وذكوان والنفر الذين قتلوا اصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ماقنت منذ اربعين عاما او خمسة واربعين عاما الا وراء امام يقنت قال الليث واخذت فى ذلك بالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قنت شهراً او اربعين يدعو لقوم ويدعو على آخرين حتى انزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الامر شئ او يتوب عليهم او يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى لقى الله قال فمنذ حملت هذا الحديث لم اقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضى) ولقد حدثنى الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استمر الى زماننا او قريب من زماننا وخرج مسلم عن ابى هريرة ان النبى عليه الصلاة والسلام قنت فى صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الامر شئ او يتوب عليهم) وخرج عن ابى هريرة انه قنت فى الظهر والعشاء الاخيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام انه قنت شهراً فى صلاة الصبح يدعو على بنى عصية * واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخنع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلى ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسميها اهل العراق السورتين ويروى انها فى مصحف ابى بن كعب . وقال الشافعى واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فيمن هديت وعافنا فيمن عافيت وقنا شر ما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا يرويه الحسن بن على من طرق ثابتة ان النبى عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به فى الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلى خلفه وقال قوم ليس فى القنوت شئ موقوت .

﴿ الفصل الثانى ﴾

فى الأفعال التى هى اركان وفى هذا الفصل من قواعد المسائل ثمانى مسائل.

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء فى رفع اليدين فى الصلاة فى ثلاثة مواضع، احدها فى حكمه ، والثانى فى المواضع التى يرفع فيها من الصلاة ، والثالث الى اين ينتهى برفعها. فاما الحكم فذهب الجمهور الى انه سنة فى الصلاة وذهب داود وجماعة من اصحابه الى ان ذلك فرض وهؤلاء انقسموا اقساما فمنهم من اوجب ذلك فى تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من اوجب ذلك فى الاستفتاح وعند الركوع اعنى عند الانحطاط فيه وعند الارتفاع منه ومنهم من اوجب ذلك فى هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم فى المواضع التى يرفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث ابى هريرة الذى فيه تعليم فرائض الصلاة لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان حديث ابى هريرة انما فيه انه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره انه كان يرفع يديه اذا افتتح الصلاة. واما اختلافهم فى المواضع التى ترفع فيها فذهب اهل الكوفة ابو حنيفة وسفيان الثورى وسائر فقهائهم الى انه لا يرفع المصلى يديه الا عند تكبيرة الاحرام فقط وهى رواية ابن القاسم عن مالك وذهب الشافعى واحمد وابو عبيد وابو ثور وجمهور اهل الحديث واهل الظاهر الى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروى عن مالك الا انه عند اؤلئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض اهل الحديث الى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب فى هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة فى ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك ان فى ذلك احاديث ، احدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء ابن عازب انه كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها، والحديث الثانى حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع راسه من الركوع رفعهما ايضاً كذلك وقال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد وكان لا يفعل ذلك فى السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا انه روى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلا من اصحابه ، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما فى حديث عبد الله بن عمر انه كان يرفع يديه عند السجود فمن حمل الرفع هاهنا على انه ندب او فريضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك

لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع فى الموضعين اعنى فى الركوع وفى الافتتاح لشهرته واتفق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء ان الرفع فريضة حمل ذلك على الفريضة ومن كان من رأيه انه ندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال انه يجب ان تجمع هذه الزيادات بعضها الى بعض على ما فى حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا فى هذه الآثار مذهبين اما مذهب الترجيح واما مذهب الجمع * والسبب فى اختلافهم فى حمل رفع اليدين فى الصلاة هل هو على الندب او على الفرض هو السبب الذى قلناه قبل من ان بعض الناس يرى ان الاصل فى افعاله صلى الله عليه وسلم ان تحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى ان الاصل الا يزاد فيما صح بدليل واضح من قول ثابت او اجماع انه من فرائض الصلاة الا بدليل واضح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشئ الواحد مرات كثيرة. واما الحد الذى ترفع اليه اليدان فذهب بعضهم الى انه المنكبان وبه قال مالك والشافعى وجماعة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الاذنين وبه قال ابو حنيفة وذهب بعضهم الى رفعهما الى الصدر وكل ذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم الا ان اثبت ما فى ذلك انه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع الى الأذنين أثبت من الرفع الى الصدر واشهر.

(المسئلة الثانية) ذهب ابو حنيفة الى ان الاعتدال من الركوع وفى الركوع غير واجب وقال الشافعى هو واجب واختلف اصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضى ان يكون سنة او واجبا اذ لم ينقل عنه نص فى ذلك * والسبب فى اختلافهم هل الواجب الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم ام بكل ذلك الشئ الذى ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الاخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال فى الركوع ومن كان الواجب عنده الاخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى الحديث المتقدم للرجل الذى علمه فروض الصلاة : اركع حتى تطمئن راكعا وارفع حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضاً وعلى هذا الحديث عول كل من رأى ان الاصل ان لا تحمل افعاله عليه الصلاة والسلام فى سائر افعال الصلاة مما لم ينص عليها فى هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا لم ير وارفع اليدين فرضا ولا ما عدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاويل التى فى الصلاة فتأمل هذا فانه اصل مناقض للاصل الاول وهو سبب الخلاف فى اكثر هذه المسائل.

(المسئلة الثالثة) اختلف الفقهاء فى هيئة الجلوس فقال مالك واصحابه يفضى باليتيه الى

الارض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلوس المرأة عنده كجلوس الرجل وقال ابوحنيفة واصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعى بين الجلسة الوسطى والاخيرة فقال فى الوسطى بمثل قول أبى حنيفة وفى الاخيرة بمثل قول مالك * وسبب اختلافهم فى ذلك تعارض الآثار وذلك ان فى ذلك ثلاثة آثار، أحدها وهو ثابت باتفاق حديث ابى حميد الساعدى الوارد فى وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه واذا جلس فى الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى واذا جلس فى الركعة الاخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعدته ، والثانى حديث وائل بن حجر وفيه انه كان اذا قعد فى الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبدالله بن عمر انه قال انما سنة الصلاة ان تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى وهو يدخل فى المسند لقوله فيه : انما سنة الصلاة وفى روايته عن القاسم بن محمد انه أراهم الجلوس فى التشهد فنصب رجله اليمنى وثنى اليسرى وجلس على وركه الايسر ولم يجلس على قدمه ثم قال ارانى هذا عبيدالله بن عبدالله بن عمر وحدثنى ان اباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب ابو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعى مذهب الجمع على حديث ابى حميد وذهب الطبرى مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الافعال المختلفة أولى ان تحمل على التخيير منها على التعارض وانما يتصور التعارض اكثر ذلك فى الفعل مع القول او فى القول مع القول .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فى الجلسة الوسطى والاخيرة فذهب الاكثر فى الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها فرض وكذلك ذهب الجمهور فى الجلسة الاخيرة الى انها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب فى اختلافهم هو تعارض مفهوم الاحاديث وقياس احدى الجلستين على الثانية وذلك ان فى حديث ابى هريرة المتقدم: اجلس حتى تطمئن جالساً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث فى الصلاة كلها فمن اخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء فى حديث ابن بحينة الثابت انه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يجبرها وسجد لها وثبت عنه انه اسقط ركعتين فجبرهما وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب الا تكون الجلسة الوسطى فرضاً فهذا هو الذى اوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو انما يكون للسنن دون الفروض ومن رأى انها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شئ يخصها دون سائر الفرائض وليس فى ذلك

دليل على انه ليست بفرض. واما من ذهب الى انهما كليهما سنة فقاس الجلسة الاخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد فى الوسطى بالدليل الذى اعتقد به الجمهور انها سنة فاذاً السبب فى اختلافهم هو فى الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لظاهر القول اوظاهر الفعل فان من الناس ايضاً من اعتقد ان الجلستين كلتيهما فرض من جهة ان افعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها ان تكون فى الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذن الأصلان جميعا يقتضيان ها هنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه اكثر الجمهور من غير ان يكون له معارض الا القياس واعنى بالاصلين القول والعمل ولذلك اضعف الاقاويل من رأى ان الجلستين سنة والله اعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه واتفق العلماء على ان هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة فى الصلاة واختلفوا فى تحريك الاصابع لاختلاف الأثر فى ذلك والثابت انه كان يشير فقط .

(المسئلة الخامسة) اختلف العلماء فى وضع اليدين احداهما على الاخرى فى الصلاة فكره ذلك مالك فى الفرض واجازه فى النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب فى اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت ايضاً ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك ايضاً من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام فى حديث ابى حميد فراى قوم ان الآثار التى أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التى لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب ان يصار اليها ورأى قوم ان الاوجب المصير الى الآثار التى ليس فيها هذه الزيادة لانها اكثر ولكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هى من باب الاستعانة ولذلك أجازها مالك فى النفل ولم يجزها فى الفرض وقد يظهر من امرها انها هيئة تقتضى الخضوع وهو الاولى بها .

(المسئلة السادسة) اختار قوم اذا كان الرجل فى وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوى قاعدا واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعى وجماعة وبالثانى قال مالك وجماعة * وسبب الخلاف ان فى ذلك حديثين مختلفين، احدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت انه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى فاذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى قاعدا وفى حديث ابى حميد فى صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الاول الشافعى

وأخذ بالثانى مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبتيه أو ركبتيه قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين * وسبب اختلافهم ان فى حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه وعن ابى هريرة ان النبى عليه الصلاة والسلام قال: اذا سجد أحدكم فلا يبرك كما يبرك البعير وليضع يديه قبل ركبتيه وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبتيه وقال بعض اهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبى هريرة.

(المسئلة السابعة) اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة اعضاء الوجه واليدين والركبتين واطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة اعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه ونقصه السجود على عضو من تلك الاعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الاعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنفه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحدهما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنفه جاز وان سجد على أنفه دون جبهته لم يجز وقال ابو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعى لا يجوز الا ان يسجد عليهما جميعا * وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان فى حديث النبى عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس: أمرت أن أسجد على سبعة اعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الانف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الانف أجاز السجود على الجبهة دون الانف وهذا كأنه تحديد لبعض الذى امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكأن هذا على مذهب من يفرق بين ابعاض الشئ فرأى ان بعضها يقوم فى امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه اصل فى هذا الباب والاجاز لقائل أن يقول انه ان مس من أنفه الارض مثقال خردلة تم سجوده واما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والانف والشافعى يقول ان هذا الاحتمال الذى من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الانف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنفه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسراً للحديث المجمل قال ابو عمر و بن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكروا فيه الانف والجبهة (قال القاضى) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط

وكلا الروايتين فى كتاب مسلم وذلك حجة لمالك . واختلفوا ايضاً هل من شرط السجود أن تكون يدا الساجد بارزة وموضوعة على الذى يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم فى السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة وقول بالفرق بين أن يمس من جبهته الارض شئ اولا يمس منها شئ وهذا الاختلاف كله موجود فى المذهب وعند فقهاء الامصار وفى البخارى كانوا يسجدون على القلانس والعمائم واحتج من لم يرا براز اليدين فى السجود بقول ابن عباس أمر النبى صلى الله عليه وسلم ان نسجد على سبعة اعضاء ولا نكفت ثوباً ولا شعراً وقياساً على الركبتين وعلى الصلاة فى الخفين ويمكن أن يحتج بهذا العموم فى السجود على العمامة.

(المسئلة الثامنة) اتفق العلماء على كراهية الاقعاء فى الصلاة لما جاء فى الحديث من النهى ان يقعى الرجل فى صلاته كما يقعى الكلب الا انهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى ان الاقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتيه فى الصلاة ناصباً فخذيه مثل اقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم ان هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم رأوا ان معنى الاقعاء الذى نهى عنه هو أن يجعل اليتيه على عقبيه بين السجدتين وان يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر انه ذكر انه انما كان يفعل ذلك لانه كان يشتكى قدميه واما ابن عباس فكان يقول الاقعاء على القدمين فى السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرجه مسلم * وسبب اختلافهم هو تردد اسم الاقعاء المنهى عنه فى الصلاة بين ان يدل على المعنى اللغوى أو يدل على معنى شرعى أعنى على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى انه يدل على المعنى اللغوى قال هو اقعاء الكلب ومن رأى انه يدل على معنى شرعى قال انما أريد بذلك أحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر ان قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق الى اعتقاده ان هذه الهيئة هى التى أريد بالاقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فان الاسماء التى لم تثبت لها معان شرعية يجب ان تحمل على المعنى اللغوى حتى يثبت لها معنى شرعى بخلاف الامر فى الاسماء التى تثبت لها معان شرعية أعنى أنه يجب أن يحمل على المعانى الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوى مع انه قد عارض حديث ابن عمر فى ذلك حديث ابن عباس.

الباب الثانى من الجملة الثالثة

وهذا الباب الكلام المحيط بقواعده فيه فصول سبعة ، احدها فى معرفة حكم صلاة الجماعة ، والثانى فى معرفة شروط الامامة ومن اولى بالتقدم واحكام الامام الخاصة به ، الثالث فى مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأمومين ، الرابع فى معرفة مايتبع فيه المأموم الامام مما ليس يتبعه ، الخامس فى صفة الاتباع ، السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين ، السابع فى الاشياء التى اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى الفساد الى المأمومين .

الفصل الاول

فى هذا الفصل مسئلتان ، احداهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة ، المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه ان يصلى مع الجماعة الصلاة التى قد صلاها أم لا .

(المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انها سنة أو فرض على الكفاية وذهبت الظاهرية الى ان صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف * والسبب فى اختلافهم تعارض مفهومات الآثار فى ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة او بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة فى الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه الصلاة والسلام : صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شئ زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استأذنه فى التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له فى ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أتسمع النداء قال نعم قال لا أجد لك رخصة هو كالنص فى وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبى هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : والذى نفسى بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم آمر بالصلاة فيؤذن لها ثم آمر رجلا فيؤم الناس ثم أخالف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذى نفسى بيده لو يعلم أحدهم انه يجد عظماً سميناً أو مرماتين حسنتين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة فى المسجد الذى يؤذن فيه وفى بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسلك كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث

مخالفه وصرفه الى ظاهر الحديث الذى تمسك به فاما اهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا يمتنع ان تقع فى الواجبات انفسها اى ان صلاة الجماعة فى حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل صلاة المنفرد فى حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا لذلك بقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم واما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل حديث الاعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذى يجب على من سمعه الاتيان اليه باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان اباهريرة قال : اتى النبى صلى الله عليه وسلم رجل اعمى فقال يارسول الله انه ليس لى قائد يقودنى المسجد فسأل رسول الله ان يرخص له فيصلى فى بيته فرخص له فلما ولى دعاه فقال : هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال : فأجب وظاهر هذا يبعد ان يفهم منه نداء الجمعة مع ان الاتيان الى صلاة الجمعة واجب على من كان فى المصر وان لم يسمع النداء ولا اعرف فى ذلك خلافا وعارض هذا الحديث ايضاً حديث عتبان بن مالك المذكور فى الموطأ وفيه ان عتبان بن مالك كان يؤم وهو اعمى وانه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيل وانا رجل ضرير البصر فصل يا رسول الله فى بيتى مكانا اتخذه مصلى فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اين تحب ان اصلى فاشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

(واما المسئلة الثانية) فان الذى دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من احد وجهين اما ان يكون صلى منفرداً واما ان يكون صلى فى جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم يعيد معهم كل الصلوات الا المغرب فقط وممن قال بهذا القول مالك واصحابه وقال ابو حنيفة يعيد الصلوات كلها الا المغرب والعصر وقال الاوزاعى الا المغرب والصبح وقال ابو ثور الا العصر والفجر وقال الشافعى يعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب اعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث بشر بن محمد عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه : مالك لم تصل مع الناس الست برجل مسلم فقال بلى يارسول الله ولكنى صليت فى اهلى فقال عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال تخصيص هذا العموم بالقياس او بالدليل فمن حمله على عمومه اوجب عليه اعادة الصلوات كلها وهو مذهب الشافعى واما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هى وتر فلو اعيدت لاشبهت صلاة الشفع التى ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت

تنتقل من جنسها الى جنس صلاة اخرى وذلك مبطل لها وهذا القياس فيه ضعف لان السلام قد فصل بين الأوتار والتمسك بالعموم اقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس واقوى من هذا ما قاله الكوفيون من انه اذا اعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الأثر لاوتران في ليلة. واما ابو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له نفلا فان اعاد العصر يكون قد تنفل بعد العصر وقد جاء النهى عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر والوتر لايعاد وهذا قياس جيد ان سلم لهم الشافعى ان الصلوة الاخيرة لهم نفل واما من فرق بين العصر والصبح فى ذلك فلانه لم تختلف الآثار فى النهى عن الصلاة بعد الصبح واختلفت فى الصلاة بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعى واما اذا صلى فى جماعة فهل يعيد فى جماعة اخرى فأكثر الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وابو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد وممن قال بهذا القول احمد وداود واهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم تعارض مفهوم الآثار فى ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا تصلى صلاة فى يوم مرتين وروى عنه انه أمر الذين صلوا فى جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وايضاً فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعادة على كل مصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب خاص لايقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبى عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم قومه فى تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة فى الجماعة فذهب الناس فى هذه الآثار مذهب الجمع ومذهب الترجيح اما من ذهب مذهب الترجيح فانه اخذ بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لاتصلى صلاة واحدة فى يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الاصلاة المنفرد فقط لوقوع الاتفاق عليها . واما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة والسلام: لاتصلى صلاة فى يوم مرتين انما ذلك ان لايصلى الرجل الصلاة الواحدة بعينها مرتين يعتقد فى كل واحدة منهما انها فرض بل يعتقد فى الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه مأمور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما هو للمنفرد اعنى ان لايصلى الرجل المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين :

﴿ الفصل الثانى ﴾

(وفى هذا الفصل مسائل اربع) .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى من اولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفقههم لا اقرؤهم وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة والثورى واحمد يؤم القوم اقرؤهم * والسبب فى هذا

الاختلاف اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم اقرؤهم لكتاب الله فان كانوا فى القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا فى السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا فى الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل فى سلطانه ولا يقعد فى بيته على تكرمته الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء فى مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو ابو حنيفة ومنهم من فهم من الأقرأ هنا الأفقه لانه زعم ان الحاجة الى الفقه فى الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وايضاً فان الأقرأ من الصحابة كان هو الافقه ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم.

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى امامة الصبى الذى لم يبلغ الحلم اذا كان قارئاً فأجاز ذلك قوم لعموم هذا الاثر ولحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبى ومنع ذلك قوم مطلقاً واجازه قوم فى النفل ولم يجيزوه فى الفريضة وهو مروى عن مالك * وسبب الخلاف فى ذلك هل يؤم أحد فى صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لاختلاف نية الامام والمأموم .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين ان يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به فقالوا ان كان فسقه مقطوعا به اعاد الصلاة المصلى وراءه أبداً وان كان مظنونا استحبت له الاعادة فى الوقت وهذا الذى اختاره الابهرى تأولا على المذهب ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذى يشرب النبيذ ويتأول اقوال أهل العراق فاجازوا الصلاة وراء المتأول ولم يجيزوها وراء غير المتأول * وسبب اختلافهم فى هذا انه شئ مسكوت عنه فى الشرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لايبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الاصحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة واتهم الفاسق أن يكون يصلى صلاة فاسدة كما يتهم فى الشهادة ان يكذب لم يجز امامته ولذلك فرق قوم بين ان يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين ان يكون فسقه مقطوعا به أو غير مقطوع به لانه اذا كان مقطوعا به فكأنه غير معذور فى تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يجيزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم اقرؤهم قالوا فلم يستثن من ذلك فاسقاً من غير فاسق والاحتجاج بالعموم فى غير المقصود ضعيف ومنهم من فرق بين ان يكون فسقه فى شروط صحة الصلاة أو فى امور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى امامة المراة فالجمهور على انه لايجوز ان تؤم الرجال واختلفوا فى امامتها النساء فاجاذلك الشافعى ومنع ذلك مالك وشذابوثور والطبرى فأجازا امامتها على الاطلاق وانما اتفق الجمهور على معنها ان تؤم الرجال لانه لوكان جائزاً لنقل ذلك عن الصدر الاول ولانه ايضا لما كانت سنتهن فى الصلاة التأخير عن الرجال علم انه ليس يجوز لهن التقدم عليهم لقوله عليه الصلاة والسلام : اخروهن حيث اخرهن الله ولذلك اجاز بعضهم امامتها النساء اذ كن متساويات فى المرتبة فى الصلاة مع انه ايضاً نقل ذلك عن بعض الصدر الاول ومن اجاز امامتها فانما ذهب الى مارواه ابو داود من حديث ام ورقة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها فى بيتها وجعل لها مؤذنا يؤذن لها وامرها ان تؤم اهل دارها وفى هذا الباب مسائل كثيرة اعنى من اختلافهم فى الصفات المشترطة فى الامام تركنا ذكرها لكونها مسكوتا عنها فى الشرع.

(قال القاضى) وقصدنا فى هذا الكتاب انما هو ذكر المسائل المسموعة اوماله تعلق قريب بالمسموع . واما احكام الامام الخاصة به فان فى ذلك اربعة مسائل متعلقة بالسمع ، احداها هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام القرآن ام المأموم هو الذى يؤمن فقط والثانية متى يكبر تكبيرة الاحرام ، والثالثة اذا ارتج عليه هل يفتح عليه ام لا ، والرابعة هل يجوز ان يكون موضعه ارفع من موضع المأمومين .

فاما هل يؤمن الامام اذا فرغ من قراءة ام الكتاب فان مالكا ذهب فى رواية ابن القاسم عنه والمصريين انه لايؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهى رواية المدنيين عن مالك * وسبب اختلافهم ان فى ذلك حديثين متعارضى الظاهر ، احد هما حديث ابى هريرة المتفق عليه فى الصحيح انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا امن الامام فأمنوا ، والحديث الثانى ماخرجه مالك عن ابى هريرة ايضاً انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قال الامام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فهو نص فى تأمين الامام واما الحديث الثانى فيستدل منه على ان الامام لايؤمن وذلك انه لوكان يؤمن لما امر المأموم بالتأمين عند الفراغ من ام الكتاب قبل ان يؤمن الامام لان الامام كما قال عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به الا ان يخص هذا من اقوال الامام اعنى ان يكون للمأموم ان يؤمن معه اوقبله فلايكون فيه دليل على حكم الامام فى التأمين ويكون انما تضمن حكم المأموم فقط لكن الذى يظهر ان مالكا ذهب مذهب الترجيح للحديث الذى رواه لكون السامع هو المؤمن لا الداعى وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه

ليس فيه شئ من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر فى موضع تأمين المأموم فقط لا فى هل يؤمن الامام اولا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضاً أن يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله : فاذا أمن فأمنوا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشئ غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعنى ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمنوا انه لايؤمن الامام .

وأما متى يكبر الامام فان قوماً قالوا لايكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب ابى حنيفة والثورى وزفر * وسبب الخلاف فى ذلك تعارض ظاهر حديث أنس وحديث بلال . أما حديث أنس فقال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يكبر فى الصلاة فقال : اقيموا صفوفكم وتراصوا فانى أراكم من وراء ظهرى وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ماروى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوت حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فانه روى انه كان يقيم للنبى صلى الله عليه وسلم فكان يقول له يارسول الله لاتسبقنى بآمين خرجه الطحاوى قالوا فهذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم .

وأما اختلافهم فى الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالكا والشافعى وأكثر العلماء اجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون * وسبب الخلاف فى ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تردد فى آية فلما انصرف قال ابن ابىّ الم يكن فى القوم أى يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لايفتح على الامام والخلاف فى ذلك فى الصدر الاول والمنع مشهور عن علىّ والجواز عن ابن عمر مشهور .

واما موضع الامام فان قوماً اجازوا ان يكون ارفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب الخلاف فى ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت انه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر ، والثانى مارواه أبو داود : ان حذيفة ام الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال الم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك اوينهى عن ذلك .

وقداختلفوا هل يجب على الامام ان ينوى الامامة ام لا فذهب قومه الى انه ليس ذلك بواجب عليه لحديث ابن عباس: انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله فى الصلاة ورأى قوم ان هذا محتمل وانه لابد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن المأمومين وهذا على مذهب من يرى ان الامام يحمل فرضاً اونفلا عن المأمومين .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(فى مقام المأموم من الامام واحكام المأموم الخاصة به وفى هذا الباب خمس مسائل)

(المسئلة الاولى) جمهور العلماء على ان سنة الواحد المنفرد ان يقوم عن يمين الامام لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره وانهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه واختلفوا اذا كانا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعى الى انهما يقومان خلف الامام وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما * والسبب فى اختلافهم ان فى ذلك حديثين متعارضين ، احدهما حديث جابر بن عبدالله قال : قمت عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخذ بيدى فأدارنى حتى اقامنى عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه ، والحديث الثانى حديث ابن مسعود : انه صلى بعلقمة والاسود فقام وسطهما واسنده الى النبى صلى الله عليه وسلم قال ابو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم اوقفه وبعضهم أسنده والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة ان تقف خلف الرجل اوالرجال ان كان هنالك رجل سوى الامام اوخلف الامام ان كانت وحدها فلا اعلم فى ذلك خلافا لثبوت ذلك من حديث انس الذى خرّجه البخارى ان النبى صلى الله عليه وسلم: صلى به وبأمه اوخالته قال فأقامنى عن يمينه وأقام المرأة خلفنا والذى خرجه عنه ايضاً مالك انه قال فصففت انا واليتيم وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور ان يقف عن يمين الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميمونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف فى ان المرأة الواحدة تصلى خلف الامام وانها ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة خلفه .

(المسئلة الثانية) أجمع العلماء على ان الصف الاول مرغب فيه وكذلك تراصّ الصفوف وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. واختلفوا اذا صلى انسان خلف الصف وحده فالجمهور على ان صلاته تجزئ وقال احمد وابو ثور وجماعة صلاته فاسدة

وسبب اختلافهم فى تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو انه قال عليه الصلاة والسلام : لاصلاة لقائم خلف الصف وكان الشافعى يرى أن هذا يعارضه قيام العجوز وحدها خلف الصف فى حديث أنس وكان احمد يقول ليس فى ذلك حجة لان سنة النساء هى القيام خلف الرجال وكان أحمد كما قلنا يصحح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لاتقوم به حجة واحتج الجمهور بحديث أبى بكرة: انه ركع دون الصف فلم يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعادة وقال له : زادك الله حرصا ولا تعد ولو حمل هذا على الندب لم يكن تعارض أعنى بين حديث وابصة وحديث أبى بكرة .

(المسئلة الثالثة) اختلف الصدر الاول فى الرجل يريد الصلاة فيسمع الاقامة هل يسرع المشى الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة فروى عن عمر وبن عمر وابن مسعود انهم كانوا يسرعون المشى اذا سمعوا الاقامة وروى عن زيد بن ثابت وابى ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لايرون السعى بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وبهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبى هريرة الثابت: اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون واتوها وعليكم السكينة ويشبه أن يكون سبب الخلاف فى ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث او راوا ان الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسابقون السابقون اولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مغفرة من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبادرة الى الخير لكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر اعمال القرب .

(المسئلة الرابعة) متى يستحب ان يقام الى الصلاة فبعض استحسن البدء فى اول الاقامة على الاصل فى الترغيب فى المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عند حى على الفلاح وبعضهم قال حتى يروا الامام وبعضهم لم يحد فى ذلك حداً كمالك رضى الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس فى هذا شرع مسموع الا حديث ابى قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا اقيمت الصلاة فلا تقوموا حتى ترونى فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على اصلها المعفو عنه اعنى انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن .

(المسئلة الخامسة) ذهب مالك وكثير من العلماء الى ان الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمادى حتى يصل الى الصف الاول ان له ان يركع دون الصف الاول ثم يدب راكعاً وكره ذلك الشافعى وفرق ابو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد واجازه للجماعة وماذهب اليه مالك مروى عن زيد بن ثابت وابن

مسعود * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث ابى بكرة وهوانه دخل المسجد ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من الساعى قال ابو بكرة انا قال : زادك الله حرصاً ولا تعد .

﴿ الفصل الرابع فى معرفة مايجب على المأموم أن يتبع فيه الامام ﴾

واجمع العلماء على انه يجب على المأموم ان يتبع الامام فى جميع اقواله وافعاله الافى قوله سمع الله لمن حمده وفى جلوسه اذاصلى جالساً لمرض عندمن اجاز امامة الجالس . واما اختلافهم فى قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبت الا ان الامام يقول اذارفع رأسه من الركوع سمع الله لمن حمده فقط ويقول المأموم ربناولك الحمد فقط وممن قال بهذا القول مالك وابو حنيفة وغيرهما وذهبت طائفة اخرى الى ان الامام والماموم يقولان جميعا سمع الله لمن حمده ربناولك الحمد وان المأموم يتبع فيهمامعاً الامام كسائر التكبير سواء وقدروى عن ابى حنيفة ان المنفرد والامام يقولانهما جميعاً ولا خلاف فى المنفرد اعنى انه يقولهما جميعاً * وسبب الاختلاف فى ذلك حديثان متعارضان ، احدهما حديث انس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : انما جعل الامام ليؤتم به فاذاركع فاركعوا واذارفع فارفعوا واذاقال سمع الله لمن حمده فقولوا ربناولك الحمد ، والحديث الثانى حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذارفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك ايضاً وقال سمع الله لمن حمده ربناولك الحمد فمن رجح مفهوم حديث انس قال لايقول المأموم سمع الله لمن حمده ولاالامام ربناولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه بخلاف حكم المنطوق به ومن رجح حديث ابن عمر قال يقول الامام ربناولك الحمد ويجب على الماموم ان يتبع الامام فى قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به ومن جمع بين الحديثين فرق فى ذلك بين الامام والمأموم والحق فى ذلك ان حديث انس يقتضى بدليل الخطاب ان الامام لايقول ربناولك الحمد وان الماموم لايقول سمع الله لمن حمده وحديث ابن عمر يقتضى نصاً ان الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل الخطاب فان النص اقوى من دليل الخطاب وحديث انس يقتضى بعمومه ان المأموم يقول سمع الله لمن حمده بعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لايقولها فوجب ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف ان العموم اقوى من دليل الخطاب لكن العموم يختلف ايضاً فى القوة والضعف ولذلك ليس يبعد ان يكون بعض أدلة الخطاب

اقوى من بعض ادلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية اعنى فى المأموم .

(واما المسئلة الثانية) وهى صلاة القائم خلف القاعد فان حاصل القول فيها ان العلماء اتفقوا على انه ليس للصحيح ان يصلى فرضاً قاعداً اذا كان منفرداً اواماما لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلفوا اذا كان المأموم صحيحاً فصلى خلف امام مريض يصلى قاعداً على ثلاثة اقوال ، احدها ان المأموم يصلى خلفه قاعداً وممن قال بهذا القول احمد واسحق ، والقول الثانى انهم يصلون خلفه قياما قال ابو عمرو بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعى واصحابه وابو حنيفة واصحابه واهل الظاهر وابو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياما وان كان لايقوى على الركوع والسجود بل يومئ ايماء . وروى ابن القاسم انه لاتجوز امامة القاعد وانه ان صلوا خلفه قياما أو قعوداً بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك انهم يعيدون الصلاة فى الوقت وهذا انما بنى على الكراهة لا على المنع والاول هو المشهور عنه * وسبب الاختلاف تعارض الآثار فى ذلك ومعارضة العمل للآثار اعنى عمل اهل المدينة عند مالك وذلك ان فى ذلك حديثين متعارضين ، احدهما حديث انس : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : واذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً وحديث عائشة فى معناه وهو انه صلى الله عليه وسلم وهو شاك جالساً وصلى وراءه قوم قياما فاشار اليهم ان اجلسوا فلما انصرف قال انما جعل الامام ليؤتم به فاذاركع فاركعوا واذارفع فارفعوا واذا صلى جالساً فصلوا جلوساً ، والحديث الثانى حديث عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج فى مرضه الذى توفى منه فأتى المسجد فوجد ابى بكر وهو قائم يصلى بالناس فاستأخر ابو بكر فأشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ان كما انت فجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب ابى بكر فكان ابو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة ابى بكر فذهب الناس فى هذين الحديثين مذهبين مذهب النسخ ومذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وان ابا بكر كان مسمعاً لانه لايجوز ان يكون امامان فى صلاة واحدة وان الناس كانوا قياماً وان النبى عليه الصلاة والسلام كان جالساً فوجب ان يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم . واما من ذهب مذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث انس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فيمن كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم او ابو بكر واما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين اتفقا على جواز امامة القاعد وانما اختلفا فى قيام الماموم او قعوده حتى انه لقد قال ابو محمد بن حزم

انه ليس فى حديث عائشة ان الناس صلوا لا قياماً ولا قعودا وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشى لم ينص عليه قال ابو عمرو وقد ذكر ابو المصعب فى مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس احد قاعداً فان امهم قاعداً فسدت صلاتهم وصلاته لان النبى صلى الله عليه وسلم قال: لا يؤمن احد بعدى قاعداً قال ابو عمرو وهذا حديث لا يصح عند اهل العلم بالحديث لانه يرويه جابر الجعفى مرسلا وليس بحجة فيما اسند فكيف فيما ارسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بما رواه ربيعة بن عبد الرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان ابو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بصلاة ابى بكر وقال: ما مات نبى حتى يؤمه رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم بابى بكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿ الفصل الخامس فى صفة الاتباع ﴾

وفيه مسئلتان، احداهما فى وقت تكبيرة الاحرام للماموم ، والثانية فى حكم من رفع رأسه قبل الامام . اما اختلافهم فى وقت تكبير الماموم فان مالكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كبر معه اجزأه وقد قيل انه لا يجزئه واما ان كبر قبله فلا يجزئه وقال ابو حنيفة وغيره يكبر مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يجزه واما الشافعى فعنه فى ذلك روايتان ، احداهما مثل قول مالك وهو الاشهر ، والثانية ان الماموم ان كبر قبل الامام أجزاه* وسبب الخلاف ان فى ذلك حديثين متعارضين، احدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا كبر فكبروا ، والثانى ماروى انه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثر الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير اولا لمكان عدم الطهارة وهو ايضاً مبنى على اصله فى ان صلاة الماموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأنفوا التكبير اولم يستأنفوه فليس ينبغى ان يحمل على احدهما الا بتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يتقدم الامام اما بالتكبير واما بافتتاحه واما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه ان يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى ان صلاته تبطل للوعيد الذى جاء فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اما يخاف الذى يرفع رأسه قبل الامام ان يحول الله رأسه رأس حمار .

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على انه لا يحمل الامام عن الماموم شيئاً من فرائض الصلاة ماعدا القراءة فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال ، احدها ان الماموم يقرأ مع الامام فيما اسر فيه ولا يقرأ معه فيما جهر به ، والثانى انه لا يقرأ معه اصلا ، والثالث انه يقرأ فيما اسر أمّ الكتاب وغيرها وفيما جهر أمّ الكتاب فقط وبعضهم فرق فى الجهر بين ان يسمع قراءة الامام اولا يسمع فاوجب عليه القراءة اذا لم يسمع ونهاه عنها اذا سمع وبالاول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما اسر فيه الامام وبالثانى قال أبو حنيفة وبالثالث قال الشافعى والتفرقة بين ان يسمع اولا يسمع هو قول احمد بن حنبل * والسبب فى اختلافهم اختلاف الاحاديث فى هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان فى ذلك اربعة احاديث ، احدها قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وما ورد من الاحاديث فى هذا المعنى مما قد ذكرناه فى باب وجوب القراءة ، والثانى ماروى مالك عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معى منكم احد آنفاً فقال رجل نعم انا يارسول الله فقال رسول الله : انى اقول مالى انازع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثالث حديث عبادة بن الصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : انى لاراكم تقرؤن وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأم القرآن قال ابو عمر وحديث عبادة بن الصامت هنا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح ، والحديث الرابع حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال : من كان له امام فقراءته له قراءة وفى هذا ايضاً حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهو ماروى انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قرأ الامام فانصتوا فاختلف الناس فى وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهى عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة ام القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب الماموم فقط فى صلاة الجهر لمكان النهى الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام فى حديث ابى هريرة وا كد ذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وانصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد فى الصلاة ومنهم من استثنى

القراءة الواجبة على المصلى المأموم فقط سراً كانت الصلاة أوجهراً وجعل الوجوب الوارد فى القراءة فى حق الامام والمنفرد فقط مصيراً الى حديث جابر وهو مذهب ابى حنيفة فصار عنده حديث جابر مخصصاً لقوله عليه الصلاة والسلام : واقرأ ماتيسر معك فقط لانه لايرى وجوب قراءة أم القرآن فى الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ماتقدم وحديث جابر لم يروه مرفوعا الاجابر الجعفى ولا حجة فى شئ مما ينفرد به قال ابو عمر وهو حديث لايصح الامرفوعا عن جابر .

﴿ الفصل السابع ﴾

واتفقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث فى الصلاة فقطع ان صلاة المامومين ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم صحيحة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالما بجنابته أوناسياً لها فقالوا ان كان عالماً فسدت صلاتهم وان كان ناسياً لم تفسد صلاتهم وبالاول قال الشافعى وبالثانى قال ابوحنيفة وبالثالث قال مالك * وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام ام ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الأثر المتقدم وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر فى صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه اثر الماء فان ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعى يرى انه لوكانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثالثة ﴾

والكلام المحيط بقواعد هذا الباب منحصر فى أربعة فصول ، الفصل الاول فى وجوب الجمعة وعلى من تجب ، الثانى فى شروط الجمعة ، الثالث فى أركان الجمعة ، الرابع فى احكام الجمعة .

﴿ الفصل الأول فى وجوب الجمعة ومن تجب عليه ﴾

اما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذى عليه الجمهور لكونها بدلا من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (ياايها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا

الى ذكر الله وذروا البيع) والامر على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام : لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات أوليختمن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة انها سنة * والسبب فى هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان هذا يوم جعله الله عيداً . وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائداً عليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من اهل الجمعة ، واما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لاتجب عليهما الجمعة وداود واصحابه على انه تجب عليهما الجمعة * وسبب اختلافهم اختلافهم فى صحة الأثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة الا اربعة عبد مملوك أوامرأة اوصبى او مريض وفى أخرى الاخمسة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

﴿ الفصل الثانى فى شروط الجمعة ﴾

واما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلاة المفروضة بعينها اعنى الثمانية المتقدمة ماعدا الوقت والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا فى شروطها المختصة بها. اما الوقت فان الجمهور على ان وقتها وقت الظهر بعينه أعنى وقت الزوال وانها لاتجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز أن تصلى قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل * والسبب فى هذا الاختلاف الاختلاف فى مفهوم الآثار الواردة فى تعجيل الجمعة مثل ماخرّجه البخارى عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتغذى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ماروى انهم كانوا يصلون وينصرفون وما للجدران اظلال فمن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الى التبكير فقط لم يجز ذلك لئلا تتعارض الاصول فى هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك ان النبى صلى الله عليه وسلم : كان يصلى الجمعة حين تميل الشمس وايضاً فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب ان يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار ان تحمل تلك على التبكير اذ ليست نصاً فى الصلاة قبل الزوال وهو الذى عليه الجمهور. واما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على ان وقته هو اذا جلس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط او اكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدى الامام مؤذن واحد فقط وهو الذى يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل

يؤذن اثنان فقط وقال قوم بل انما يؤذن ثلاثة * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه روى البخارى عن السائب بن يزيد انه قال : كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضاً عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضاً عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر اذانا واحداً حين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول ليتهيأ الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى ظاهر ما رواه البخارى وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثانى هو الاقامة واخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند اهل الحديث ضعيفة ولاسيما فيما انفرد به .

وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فاتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفوا فى مقدار الجماعة فمنهم من قال واحد مع الامام وهو الطبرى ومنهم من قال اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابى حنيفة ومنهم من اشترط اربعين وهو قول الشافعى واحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدداً ولكن راى انه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهو مذهب مالك وحدهم بانهم الذين يمكن ان تتقرى بهم قرية * وسبب اختلافهم فى هذا اختلافهم فى اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم ام ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط فى هذه الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع او ما ينطلق عليه اسم الجمع فى غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فمن ذهب الى ان الشرط فى ذلك هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام فى الجمع المشترط فى ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام فى الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان ايضاً عنده ان اقل الجمع ثلاثة فان كان لا يعد الامام فى جملتهم قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام فى جملتهم وافق قول من قال اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام فى جملتهم واما من راعى ما ينطلق عليه فى الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا تنعقد بالاثنين ولا بالاربعة ولم يحد فى ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالقدر من الناس الذين يمكنهم أن

يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله واما من اشترط الاربعين فصيراً الى ما روى ان هذا العدد كان فى اول جمعة صليت بالناس فهذا هو احد شروط صلاة الجمعة اعنى شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هى شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الامرين جميعاً اعنى انها شروط وجوب وشروط صحة . واما الشرط الثانى وهو الاستيطان فان فقهاء الامصار اتفقوا عليه لاتفاقهم على ان الجمعة لا تجب على مسافر وخالف فى ذلك اهل الظاهر لايجابهم الجمعة على المسافر واشترط ابو حنيفة المصر والسلطان مع هذا ولم يشترط العدد * وسبب اختلافهم فى هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الراتبة التى اقترنت بهذه الصلاة عند فعله اياها صلى الله عليه وسلم هل هى شرط فى صحتها او وجوبها ام ليست بشرط وذلك انه لم يصلها صلى الله عليه وسلم الا فى جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى ان اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً فى صلاة الجمعة اشترطها ومن رأى بعضها دون بعض اشترط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتركه اشتراط المصر والسلطان ومن هذا الموضع اختلفوا فى مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان فى مصر واحد اولا تقام * والسبب فى اختلافهم فى اشتراط الاحوال والافعال المقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال اشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذ كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة فى الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً فى ذلك لكونه غير مناسب لاحوال الصلاة ورأى المسجد شرطاً لكونه اقرب مناسبة حتى لقد اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف ام لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه ام لا وهذا كله لعله تعمق فى هذا الباب ودين الله يسر ولقائل ان يقول ان هذه لو كانت شروطاً فى صحة الصلاة لما جاز ان يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذى اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

﴿ الفصل الثالث فى الاركان ﴾

اتفق المسلمون على انها خطبة وركعتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك فى خمس مسائل هى قواعد هذا الباب

(المسئلة الاولى) فى الخطبة هل هى شرط فى صحة الصلاة وركن من اركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال اقوام انها ليست بفرض . جمهور اصحاب مالك على

انها فرض الا ابن الماجشون * وسبب اختلافهم هو هل الاصل المتقدم من احتمال كل مااقترن بهذه الصلاة ان يكون من شروطها او لا يكون فمن رأى ان الخطبة حال من الاحوال المختصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توهم انها عوض من الركعتين اللتين نقصتا من هذه الصلاة قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط فى صحتها ومن رأى ان المقصود منها هو الموعظة المقصودة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطاً من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف هذه الخطبة هل هى فرض ام لا لكونها راتبة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة .

(المسئلة الثانية) واختلف الذين قالوا بوجوبها فى القدر المجزئ منها فقال ابن القاسم هو اقل ماينطلق اسم خطبة فى كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعى اقل مايجزئ من ذلك خطبتان اثنتان يكون فى كل واحدة منهما قائماً يفصل احداهما من الاخرى بجلسة خفيفة يحمد الله فى كل واحدة منهما فى اولها ويصلى على النبى ويوصى بتقوى الله ويقرأ شيئاً من القرآن فى الاولى ويدعو فى الآخرة* والسبب فى اختلافهم هو هل يجزئ من ذلك أقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى أو الاسم الشرعى فمن رأى أن المجزئ أقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى لم يشترط فيها شيأ من الاقوال التى نقلت عنه صلى الله عليه وسلم فيها ومن رأى ان المجزئ من ذلك اقل ماينطلق عليه الاسم الشرعى اشترط فيها اصول الاقوال التى نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم اعنى الاقوال الراتبة الغير مبدّلة * والسبب فى هذا الاختلاف ان الخطبة التى نقلت عنه فيها اقوال راتبة وغير راتبة فمن اعتبر الاقوال الغير راتبة وغلب حكمها قال يكفى من ذلك أقل ماينطلق عليه الاسم اللغوى اعنى اسم خطبة عند العرب ومن اعتبر الاقوال الراتبة وغلب حكمها قال لايجزئ من ذلك الا اقل ماينطلق عليه اسم الخطبة فى عرف الشرع واستعماله وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط كما قلنا عند الشافعى وذلك انه من اعتبر المعنى المعقول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله شرطاً ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطاً .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة اقوال، فمنهم من رأى ان الانصات واجب على كل حال وانه حكم لازم من احكام الخطبة وهم الجمهور مالك والشافعى وابو حنيفة واحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة اقسام فبعضهم اجاز التشميت ورد السلام فى وقت الخطبة وبه قال الثورى والاوزاعى وغيرهم وبعضهم لم يجز رد السلام ولا التشميت وبعض فرق بين السلام والتشميت فقالوا

يرد السلام ولا يشمت والقول الثانى مقابل القول الاول وهو أن الكلام فى حال الخطبة جائز الا فى حين قراءة القرآن فيها وهو مروى عن الشعبى وسعيد بن جبير وابراهيم النخعى والقول الثالث الفرق بين ان يسمع الخطبة او لا يسمعها فان سمعها أنصت وان لم يسمع جاز له ان يسبح او يتكلم فى مسئلة من العلم وبه قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تفسد صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من لغا فصلاته ظهراً ربع وانما صار الجمهور لوجوب الانصات لحديث أبى هريرة ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : اذا قلت لصاحبك أنصت يوم الجمعة والامام يخطب فقد لغوت واما من لم يوجبه فلا اعلم لهم شبهة الا ان يكونوا يرون ان هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب فى قوله تعالى (واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أى ان ما عدا القرآن فليس يجب له الانصات وهذا فيه ضعف والله أعلم والاشبه ان يكون هذا الحديث لم يصلهم* واما اختلافهم فى رد السلام وتشميت العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالانصات واحتمال ان يكون كل واحد منهما مستثنى من صاحبه فمن استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر بالسلام والتشميت اجازهما ومن استثنى من عموم الامر برد السلام والتشميت الامر بالصمت فى حين الخطبة لم يجز ذلك ومن فرق فانه استثنى رد السلام من النهى عن التكلم فى الخطبة واستثنى من عموم الامر التشميت وقت الخطبة وانما ذهب واحد واحد من هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما غلب على ظنه من قوة العموم فى أحدها وضعفه فى الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام فى الكلام خاص فى الوقت والامر برد السلام والتشميت هو عام فى الوقت خاص فى الكلام فمن استثنى الزمان الخاص من الكلام العام لم يجز رد السلام ولا التشميت فى وقت الخطبة ومن استثنى الكلام الخاص من النهى عن الكلام العام أجاز ذلك والصواب الا يصار لاستثناء أحد العمومين بأحد الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فبالنظر فى ترجيح العمومات والخصوصات وترجيح تأكيد الاوامر بها والقول فى تفصيل ذلك يطول ولكن معرفة ذلك بالمجاز انه ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هنالك دليل على اى يستثنى من اى وقع التمانع ضرورة وهذا يقل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح فى العمومات والخصوصات الواقعة فى امثال هذه المواضع هو النظر الى جميع اقسام النسب الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهى اربع عمومان فى مرتبة واحدة من القوة وخصوصان فى مرتبة واحدة من القوة فهذا لا يصار لاستثناء أحدهما الا بدليل ، الثانى مقابل

هذا وهو خصوص فى نهاية القوة وعموم فى نهاية الضعف فهذا يجب ان يصار اليه ولا بد اعنى ان يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصان فى مرتبة واحدة واحد العمومين اضعف من الثانى فهذا ينبغى ان يخصص فيه العموم الضعيف، الرابع عمومان فى مرتبة واحدة واحد الخصوصين اقوى من الثانى فهذا يجب ان يكون الحكم فيه للخصوص القوى وهذا كله اذا تساوت الاوامر فيها فى مفهوم التأكيد فان اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المقايسة ايضاً بين قوة الالفاظ وقوة الاوامر ولعسر انضباط هذه الاشياء قيل ان كل مجتهد مصيب او اقل ذلك غير مأثوم .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع ام لا فذهب بعض الى انه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى انه يركع * والسبب فى اختلافهم معارضة القياس لعموم الاثر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل فى المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والامر بالانصات الى الخطيب يوجب دليله الا يشتغل بشئ مما يشغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الاثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء احدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيفتين خرجه مسلم فى بعض رواياته واكثر رواياته ان النبى عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيتطرق الى هذا الخلاف فى هل تقبل زيادة الراوى الواحد اذا خالفه اصحابه عن الشيخ الاول الذى اجتمعوا فى الرواية عنه ام لا فان صحت الزيادة ووجب العمل بها فانها نص فى موضع الخلاف والنص لا يجب ان يعارض بالقياس لكن يشبه ان يكون الذى راعاه مالك فى هذا هو العمل

(المسئلة الخامسة) اكثر الفقهاء على ان من سنة القراءة فى صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة فى الركعة الاولى لما تكرر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى الركعة الاولى بالجمعة وفى الثانية باذا جاءك المنافقون وروى مالك ان الضحاك بن قيس سئل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على اثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بهل اتاك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأ عنده بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لانه مروى عن عمر بن عبد العزيز واما ابو حنيفة فلم يقف فيها شيأ * والسبب فى اختلافهم معارضة حال الفعل للقياس وذلك ان القياس يوجب الا يكون لها سورة راتبة كالحال فى سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضى ان يكون لها سورة راتبة (قال القاضى) خرج مسلم عن

النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فى العيدين وفى الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أتاك حديث الغاشية قال فاذا اجتمع العيد والجمعة فى يوم واحد قرأ بهما فى الصلاتين وهذا يدل على انه ليس هنالك سورة راتبة وان الجمعة ليس كان يقرأ بها دائما .

❁ (الفصل الرابع فى أحكام الجمعة) ❁

وفى هذا الباب أربع مسائل، الاولى فى حكم طهر الجمعة، الثانية على من تجب من خارج المصر، الثالثة فى وقت الرواح المرغب فيه الى الجمعة، الرابعة فى جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى طهر الجمعة فذهب الجمهور الى أنه سنة وذهب اهل الظاهر الى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً فى صحة الصلاة * والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك ان فى هذا الباب حديث أبى سعيد الخدرى وهو قوله عليه الصلاة والسلام: طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت: كان الناس عمال انفسهم فيروحون الى الجمعة بهيئتهم فقيل لو اغتسلتم والاول صحيح باتفاق والثانى خرجه ابو داود ومسلم وظاهر حديث أبى سعيد يقتضى وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة ان ذلك كان لموضع النظافة وانه ليس عبادة وقد روى: من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فالغسل افضل وهو نص فى سقوط فرضيته الا انه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فان قوماً قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافا كثيراً فمنهم من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان اليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان اليها على ثلاثة أميال ومنهم قال من يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء فى الاغلب وذلك من ثلثة اميال من موضع النداء وهذان القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت فى شروط الوجوب * وسبب اختلافهم فى هذا الباب اختلاف الآثار وذلك انه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من العوالى فى زمان النبى صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة اميال من المدينة وروى أبو داود أن النبى عليه الصلاة والسلام قال: الجمعة على من سمع النداء وروى: الجمعة على من آواه الليل الى أهله وهو اثر ضعيف.

وأما اختلافهم فى الساعات التى وردت فى فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام: من راح فى الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً ومن راح فى الساعة الرابعة فكانما

قرب دجاجة ومن راح فى الساعة الخامسة فكانما قرب بيضة فان الشافعى وجماعة من العلماء اعتقدوا ان هذه الساعات هى ساعات النهار فندبوا الى الرواح من اول النهار وذهب مالك الى انها اجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده وقال قوم هى اجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعى بعد الزوال الا على مذهب من يرى ان الواجب يدخله الفضيلة .
واما اختلافهم فى البيع والشراء وقت النداء فان قوماً قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوماً قالوا لا يفسخ * وسبب اختلافهم هل النهى عن الشئ الذى أصله مباح اذا تقيد النهى بصفة يعود بفساد المنهى عنه ام لا . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

﴿ الباب الرابع فى صلاة السفر ﴾

(وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول فى القصر الفصل الثانى فى الجمع)

﴿ الفصل الاول فى القصر ﴾

والسفر له تأثير فى القصر باتفاق وفى الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء على جواز قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم ان يفتنكم الذين كفروا) وقالوا ان النبى عليه الصلاة والسلام انما قصر لانه كان خائفاً . واختلفوا من ذلك فى خمسة مواضع . احدها فى حكم القصر . والثانى فى المسافة التى يجب فيها القصر . والثالث فى السفر الذى يجب فيه القصر . والرابع فى الموضع الذى يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس فى مقدار الزمان الذى يجوز للمسافر فيه اذا اقام فى موضع ان يقصر الصلاة .
فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على اربعة اقوال فمنهم من رأى ان القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى ان القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار فى واجب الكفارة ومنهم من رأى ان القصر سنة ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام افضل وبالقول الاول قال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون بأسرهم اعنى انه فرض متعين وبالثانى قال بعض اصحاب الشافعى وبالثالث اعنى انه سنة قال مالك فى اشهر الروايات عنه وبالرابع اعنى انه رخصة قال الشافعى فى اشهر الروايات عنه وهو المنصور عند اصحابه * والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل ايضاً للمعنى

المعقول ولصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشقة كما رخص له فى الفطر وفى اشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن امية قال قلت لعمر : انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد فى قصر الصلاة فى السفر فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته فمفهوم هذا الرخصة وحديث أبى قلابة عن رجل من بنى عامر انه أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له النبى : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما فى الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة ورفع الحرج لا ان القصر هو الواجب ولا انه سنة واما الاثر الذى يعارض بصيغته المعنى المعقول ومفهوم هذه الآثار فحديث عائشة الثابت باتفاق قالت : فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد فى صلاة الحضر واما دليل الفعل الذى يعارض المعنى المعقول ومفهوم الاثر المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة فى كل اسفاره وانه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه اتم الصلاة قط فمن ذهب الى انه سنة او واجب مخير فانما حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبى عليه الصلاة والسلام اتم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب ان يكون أحد الوجهين اعنى اما واجباً مخيراً واما ان يكون سنة واما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المعقول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب ان يكون واجباً مخيراً اوسنة وكان هذا نوعا من طريق الجمع وقد اعتلوا لحديث عائشة بالمشهور عنها من أنها كانت تتم وروى عطاء عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم : كان يتم الصلاة فى السفر ويقصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه ايضاً حديث انس وابى نجيح المكى قال اصطحب اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف فى اتمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم فى الموضع الاول .
واما اختلافهم فى الموضع الثانى وهى المسافة التى يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا فى ذلك ايضاً اختلافا كثيراً فذهب مالك والشافعى واحمد وجماعة كثيرة الى ان الصلاة تقصر فى اربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال ابو حنيفة واصحابه والكوفيون اقل ما تقصر فيه الصلاة ثلاثة ايام وان القصر انما هو لمن سار من افق الى افق وقال اهل الظاهر القصر فى كل سفر قريباً كان او بعيداً والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول من ذلك اللفظ وذلك

ان المعقول فى تأثير السفر فى القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره فى الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة واما من لا يراعى فى ذلك الا اللفظ فقط فقالوا قد قال النبي عليه الصلاة والسلام : ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جازله القصر والفطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب ان النبى عليه الصلاة والسلام: كان يقصر فى نحو السبعة عشر ميلا . وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبى انما قصر لانه كان خائفاً واما اختلاف اولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة فى ذلك وذلك ان مذهب الاربعة برد مروى عن ابن عمر و ابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما .

واما الموضع الثالث وهو اختلافهم فى نوع السفر الذى تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك مقصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد وممن قال بهذا القول أحمد ومنهم من اجازه فى السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعى ومنهم من اجازه فى كل سفر قربة كان أو مباحا أو معصية وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثورى وأبو ثور * والسبب فى اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر واما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا فى السفر المتقرب به لان النبى عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا فى سفر متقرب به ، واما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والاصل فيه هل تجوز الرخص للعصاة ام لا وهذه مسئلة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيها لذلك .

واما الموضع الرابع وهو اختلافهم فى الموضع الذى منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكا قال فى الموطأ لا يقصر الصلاة الذى يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل اول بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة اميال وذلك عنده اقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر فى احدى الروايتين عنه وبالقول الاول قال الجمهور * والسبب فى هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع فى السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل اعنى فعله

عليه الصلاة والسلام قال لا يقصر الا اذا خرج من بيوت القرية بثلاثة اميال لما صح من حديث انس قال كان النبى صلى الله عليه وسلم : اذا خرج مسيرة ثلاثة اميال او ثلاثة فراسخ شعبة الشاك صلى ركعتين .

واما اختلافهم فى الزمان الذى يجوز للمسافر اذا اقام فيه فى بلد ان يقصر فاختلاف كثير حكى فيه ابو عمر نحوا من احد عشر قولا الا ان الاشهر منها هو ما عليه فقهاء الامصار ولهم فى ذلك ثلاثة اقوال . احدها مذهب مالك والشافعى انه اذا ازمع المسافر على اقامة اربعة ايام اتم . والثانى مذهب ابى حنيفة وسفيان الثورى انه اذا ازمع على اقامة خمسة عشر يوما اتم ، والثالث مذهب احمد وداود انه اذا ازمع على اكثر من اربعة ايام اتم * وسبب الخلاف انه امر مسكوت عنه فى الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا لمذهبهم من الاحوال التى نقلت عنه عليه الصلاة والسلام انه اقام فيها مقصراً او انه جعل لها حكم المسافر. فالفريق الاول احتجوا لمذهبهم بما روى انه عليه الصلاة والسلام اقام بمكة ثلاثا يقصر فى عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على انه يقصر فى الثلاثة فما دونها . والفريق الثانى احتجوا لمذهبهم بما روى: انه اقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحواً من خمسة عشر يوماً فى بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخارى عن ابن عباس وبكل قال فريق . والفريق الثالث احتجوا بمقامه فى حجه بمكة مقصراً اربعة ايام وقد احتجت المالكية لمذهبها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة ايام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان اقامة ثلاثة ايام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهى النكتة التى ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام اعنى متى يرتفع عنه بقصد الاقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الاقامة مدة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأى واحد منهم فى تلك المدة وعاقه عائق عن السفر انه يقصر أبداً وان اقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه فى الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلا ان الخمسة عشر يوماً التى اقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما اقامها وهو ابداً ينوى انه لا يقيم اربعة ايام وهذا بعينه يلزمهم فى الزمان الذى حدوه والاشبه بالمجتهد فى هذا ان يسلك احد امرين اما ان يجعل الحكم لاكثر الزمان الذى روى عنه عليه الصلاة والسلام انه اقام فيه مقصراً او يجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب

الايزاد على هذا الزمان الا بدليل او يقول ان الاصل فى هذا هو أقل الزمان الذى وقع عليه الاجماع وما ورد من انه عليه الصلاة والسلام اقام مقصراً اكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن يكون اقامه لانه جائز للمسافر ويحتمل ان يكون اقامه بنية الزمان الذى تجوز اقامته فيه مقصراً باتفاق فعرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل واقل ما قيل فى ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن ابى عبد الرحمن وروى عن الحسن البصرى ان المسافر يقصر أبداً الا ان يقدم مصراً من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه حتى يقدم مصراً من الامصار فهذه أمهات المسائل التى تتعلق بالقصر.

﴿ الفصل الثانى فى الجمع ﴾

واما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة ، أحدها جوازه ، والثانية فى صفة الجمع ، والثالثة فى مبيحات الجمع .

اما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر فى وقت الظهر بعرفة سنة . وبين المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً فى وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا فى الجمع فى غير هذين المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم فى المواضع التى يجوز فيها من التى لا يجوز ومنعه أبو حنيفة وأصحابه باطلاق * وسبب اختلافهم أولا اختلافهم فى تأويل الآثار التى رويت فى الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالا والافعال يتطرق الاحتمال اليها كثيراً أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً فى تصحيح بعضها وثالثا اختلافهم أيضاً فى اجازة القياس فى ذلك فهى ثلاثة اسباب كما ترى . اما الآثار التى اختلفوا فى تأويلها. فمنها حديث أنس الثابت باتفاق اخرجه البخارى ومسلم قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا ارتحل قبل ان تزيغ الشمس اخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان زاغت الشمس قبل ان يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان ايضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذا عجل به السير فى السفر يؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس. خرجه مالك ومسلم قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً فى غير خوف ولا سفر فذهب القائلون بجواز الجمع فى تأويل هذه الاحاديث الى انه اخر الظهر الى وقت العصر المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما أوقع صلاة الظهر فى آخر وقتها وصلاة

العصر فى اول وقتها على ما جاء فى حديث امامة جبريل قالوا وعلى هذا يصح حمل حديث ابن عباس لانه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا فى الحضر لغير عذر اعنى ان تصلى الصلاتان معاً فى وقت احداهما واحتجوا التأويلهم ايضاً بحديث ابن مسعود قال : والذى لا اله غيره ماصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا فى وقتها الا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا ايضاً فهذه الآثار محتملة ان تكون على ما تأولناه نحن او تأولتموه انتم وقد صح توقيت الصلاة وتبيانها فى الاوقات فلا يجوز ان تنتقل عن اصل ثابت بامر محتمل. واما الاثر الذى اختلفوا فى تصحيحه فما رواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان اظهر من تلك الاحاديث فى اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم ان يقولوا انه اخر المغرب الى آخر وقتها وصلى العشاء فى اول وقتها لانه ليس فى الحديث امر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوى محتمل . واما اختلافهم فى اجازة القياس فى ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات فى السفر بصلاة عرفة والمزدلفة اعنى ان يجاز الجميع قياساً على تلك فيقال مثلا صلاة وجبت فى سفر فجاز ان يجمع اصله جمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سالم بن عبد الله اعنى جواز هذا القياس لكن القياس فى العبادات يضعف فهذه هى اسباب الخلاف الواقع فى جواز الجمع.

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهى صورة الجمع فاختلف فيه ايضاً القائلون بالجمع اعنى فى السفر فمنهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معاً فى اول وقت الاولى جاز وهى احدى الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين اعنى ان يقدم الآخرة الى وقت الاولى او يعكس الامر وهو مذهب الشافعى وهى رواية اهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث انس ومن سوى بينهما فصيراً الى انه لا يرجح بالعدالة اعنى انه لا يفضل عدالة عدالة فى وجوب العمل بها ومعنى هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث انس اذا كان رواة الحديثين عدولا وان كان رواة احد الحديثين اعدل .

﴿ واما المسئلة الثالثة ﴾ وهى الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها. واختلفوا فى الجمع فى الحضر وفى شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من

جعله سببا مبيحا للجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضربا من السير ونوعا من انواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضربا من السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجد به السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فانما راعى قول ابن عمر : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فانما راعى ظاهر حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم . ومنهم من قال هو السفر المباح دون سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب فى اختلافهم فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هنالك التعميم لان القصر نقل قولا وفعلا والجمع انما نقل فعلا فقط فمن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من الاسفار . واما الجمع فى الحضر لغير عذر فان مالكا وأكثر الفقهاء لا يجيزونه وأجاز ذلك جماعة من اهل الظاهر واشهب من اصحاب مالك * وسبب اختلافهم فى مفهوم حديث ابن عباس فمنهم من تأوله على انه كان فى مطر كما قال مالك ومنهم من اخذ بعمومه مطلقا وقد خرج مسلم زيادة فى حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام : فى غير خوف ولا سفر ولا مطر وبهذا تمسك اهل الظاهر . وأما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعى ليلا كان او نهارا ومنعه مالك فى النهار واجازه فى الليل واجازه ايضا فى الطين دون المطر فى الليل وقد عذل الشافعى مالكا فى تفريقه من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث وتأوله اعنى خصص عمومه من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس: جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر ارى ذلك كان فى مطر قال فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله اعنى تخصيصه بل رد بعضه وتأول بعضه وذلك شئ لا يجوز باجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله والمغرب والعشاء وتأوله واحسب ان مالكا رحمه الله انما رد بعض هذا الحديث لانه عارضه العمل فاخذ منه بالبعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلا شرعيا فيه نظر فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم

يقولون انه من باب نقل التواتر ويحتجون فى ذلك بالصاع وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لا يفيد التواتر الا ان يقترن بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والاشبه عندى أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه ابو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع اسبابها غير منسوخة ويذهب العمل بها على اهل المدينة الذين تلقوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو اقوى من عموم البلوى الذى يذهب اليه ابو حنيفة لان اهل المدينة احرى ان لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم ابو حنيفة فى طريق النقل وبالجملة العمل لا يشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن . فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها اخبار الآحاد الثابتة ففيه نظر وعسى انها تبلغ فى بعض ولا تبلغ فى بعض لتفاضل الاشياء فى شدة عموم البلوى بها وذلك انه كلما كانت السنة الحاجة اليها امس وهى كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير ان ينتشر قولا او عملا فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك احد امرين ، اما انها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره . واما الجمع فى الحضر للمريض فان مالكا اباحه له اذا خاف ان يغمى عليه اوكان به بطن ومنع ذلك الشافعى * والسبب فى اختلافهم هو اختلافهم فى تعدى علة الجمع فى السفر اعنى المشقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاحرى وذلك ان المشقة على المريض فى افراد الصلوات اشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كما يقولون قاصرة اى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يجز ذلك .

« الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول فى صلاة الخوف »

اختلف العلماء فى جواز صلاة الخوف بعد النبى عليه الصلاة والسلام وفى صفتها فاكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح ان تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الائمة والخلفاء بعده بذلك وشذ أبو يوسف من اصحاب ابى حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبى صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واحد منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة اخرى وهى الحارسة ركعتين ايضا وتحرس التى قد صلت * والسبب فى

اختلافهم هل صلاة النبى باصحابه صلاة الخوف هى عبادة اوهى لمكان فضل النبى صلى الله عليه وسلم. فمن رأى انها عبادة لم يرانها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام. ومن رآها لمكان فضل النبى عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبى عليه الصلاة والسلام والا فقد كان ممكنا ان ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبى عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها .

واما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافا كثيراً لاختلاف الآثار فى هذا الباب اعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم فى صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات ، فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف ان طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتى معه ركعة ثم ثبت قائماً وأتموا لانفسهم ثم انصرفوا وجاه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التى بقيت من صلاته ثم ثبت جالسا واتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعى ، وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفا كمثل حديث يزيد بن رومان انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعى آثر المسند على الموقوف ومالك آثر الموقوف لانه أشبه بالاصول اعنى ان لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبع وغير مختلف عليه ، والصفة الثالثة ما ورد فى حديث ابى عبيدة بن عبدالله بن مسعود عن ابيه رواه الثورى وجماعة وخرجه أبو داود قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقفوا بازاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وذهبوا فقاموا مقام اولئك مستقبلى العدو ورجع اولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم سلموا وبهذه الصفة قال ابو حنيفة واصحابه ما خلى أبا يوسف على ما تقدم ، والصفة الرابعة الواردة فى حديث ابى عياش الزرقى قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسفان وعلى المشركين خالد بن الوليد

فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبنا غفلة لو كنا حملنا عليهم وهم فى الصلاة فأنزل الله آية القصر بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذى يليه الى مقام الآخرين وتقدم الصف الآخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذى يليه وقام الآخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذى يليه سجد الآخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعا وهذه الصلاة صلاها بعسفان وصلاها يوم بنى سليم قال ابو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن ابى موسى وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبى صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثورى وهو احوطها يريدانه ليس فى هذه الصفة كبير عمل مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من اصحاب مالك واصحاب الشافعى وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة فى حديث حذيفة قال ثعلبة بن زهدم قال كنا مع سعيد بن العاصى بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلى بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيأ وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة . وخرج ايضاً عن ابن عباس فى معناه انه قال : الصلاة على لسان نبيكم فى الحضر أربع وفى السفر ركعتان وفى الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثورى ، والصفة السادسة الواردة فى حديث أبى بكرة وحديث جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم : انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتى الحسن وفيه دليل على اختلاف نية الامام والمأموم لكونه متما وهم مقصرون خرجه مسلم عن جابر ، والصفة السابعة الواردة فى حديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام: انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلى بهم ركعة وتكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا فاذا صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لانفسهم ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف اشد من ذلك صلوا

رجالا قياماً على اقدامهم اوركبانا مستقبل القبلة اوغير مستقبليها وممن قال بهذه الصفة اشهب عن مالك وجماعة وقال ابو عمر الحجة لمن قال بحديث ابن عمر هذا انه ورد بنقل الائمة اهل المدينة وهم الحجة فى النقل على من خالفهم وهم ايضاً مع هذا اشبه بالاصول لان الطائفة الاولى والثانية لم يقضوا الركعة الابعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها فى سائر الصلوات واكثر العلماء على ماجاء فى هذا الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز ان يصلوا مستقبلى القبلة وغير مستقبليها وايماء من غير ركوع ولا سجود وخالف فى ذلك ابو حنيفة فقال لايصلى الخائف الا الى القبلة ولا يصلى احد فى حال المسايفة * وسبب الخلاف فى ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول وقد رأى قوم ان هذه الصفات كلها جائزة وان للمكلف ان يصلى ايتها احب وقد قيل ان هذا الاختلاف انما كان بحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة فى صلاة المريض ﴾

واجمع العلماء على ان المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يسقط عنه فرض القيام اذا لم يستطعه ويصلى جالساً وكذلك يسقط عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما اواحدهما ويومئ مكانهما . واختلفوا فيمن له ان يصلى جالساً وفى هيئة الجلوس وفى هيئة الذى لايقدر على الجلوس ولا على القيام . فأمامن له ان يصلى جالساً فان قوماً قالوا هذا الذى لايستطيع القيام اصلاوقوم قالواهو الذى يشق عليه القيام من المرض وهومذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل يسقط فرض القيام مع المشقة اومع عدم القدرة وليس فى ذلك نص. واما صفة الجلوس فان قوماً قالوا يجلس متربعاً اعنى الجلوس الذى هو بدل من القيام وكره ابن مسعود الجلوس متربعاً فمن ذهب الى التربيع فلافرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه فلأنه ليس من جلوس الصلاة . واماصفة صلاة الذى لايقدر على القيام ولا على الجلوس فان قوماً قالوا يصلى مضطجعاً وقوم قالوا يصلى كيفما تيسر له وقوم قالوا يصلى مستقبلا رجلاه الى الكعبة وقوم قالوا ان لم يستطع الجلوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى مستلقياً ورجلاه الى القبلة على قدر طاقته وهو الذى اختاره ابن المنذر .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة تشتمل من افعال الصلاة على التى ليست اداء وهذه هى اما اعادة واما قضاء واما جبر لما زاد او نقص بالسجود ففى هذه الجملة اذاً ثلاثة ابواب ، الباب الاول

فى الاعادة ، الباب الثانى فى القضاء ، الباب الثالث فى الجبران الذى يكون بالسجود

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه فى الاسباب التى تقتضى الاعادة وهى مفسدات الصلاة واتفقوا على ان من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الاعادة عمداً كان اونسيانا وكذلك من صلى لغير القبلة عمداً كان ذلك اونسيانا وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الاعادة وانما يختلفون من اجل اختلافهم فى الشروط المصححة وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها . فمنها انهم اتفقوا على ان الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضى الاعادة من اولها اذا كان قد ذهب منها ركعة او ركعتان قبل طروا لحدث ام يبنى على ما قد مضى من الصلاة . فذهب الجمهور الى انه لايبنى لا فى حدث ولا فى غيره مما يقطع الصلاة الا فى الرعاف فقط ومنهم من رأى انه لايبنى لا فى الحدث ولا فى الرعاف وهو الشافعى وذهب الكوفيون الى انه يبنى فى الاحداث كلها * وسبب اختلافهم انه لم يرد فى جواز ذلك اثر عن النبى عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر انه رعف فى الصلاة فبنى ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابى يجرى مجرى التوقيف اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس اجاز هذا الفعل. ومن كان عنده من هؤلاء ان الرعاف ليس بحدث اجاز البناء فى الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك ومن كان عنده انه حدث اجاز البناء فى سائر الاحداث قياساً على الرعاف ومن رأى ان مثل هذا لايجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبى عليه الصلاة والسلام اذ قد انعقد الاجماع على ان المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك اذا فعل فيها فعلا كثيراً لم يجز البناء لا فى الحدث ولا فى الرعاف .

(المسئلة الثانيـة) اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مرور شئ بين يدى المصلى اذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة . فذهب الجمهور الى انه لايقطع الصلاة شئ وانه ليس عليه اعادة وذهبت طائفة الى انه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن ابى ذر انه عليه الصلاة والسلام قال : يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخارى عن عائشة انها قالت: لقد رأيتنى بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنازة وهو

يصلى . وروى مثل قول الجمهور عن على وعن ابىّ ولا خلاف بينهم فى كراهية المرور بين يدى المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة ولم يروا بأساً ان يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأساً ان يمر بين يدى المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال اقبلت راكباً على اتان وانا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالناس فمررت بين يدى بعض الصفوف فنزلت وارسلت الاتان ترتع ودخلت فى الصف فلم ينكر ذلك علىّ احد وهذا عندهم يجرى مجرى المسند وفيه نظر وانما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدى المصلى لما جاء فيه من الوعيد فى ذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فانما هو شيطان :

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى النفخ فى الصلاة على ثلاثة اقوال فقوم كرهوه ولم يروا الاعادة على من فعله وقوم اوجبوا الاعادة على من نفخ وقوم فرقوا بين ان يسمع اولا يسمع * وسبب اختلافهم تردد النفخ بين ان يكون كلاماً اولا يكون كلاماً

(المسئلة الرابعة) اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا فى التبسم * وسبب اختلافهم تردد التبسم بين ان يلحق بالضحك اولا يلحق به .

(المسئلة الخامسة) اختلفوا فى صلاة الحاقن فأكثر العلماء يكرهون أن يصلى الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن ارقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : اذا اراد احدكم الغائط فليبدأ به قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يصلى أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الاخبثان يعنى الغائط والبول ولما ورد من النهى عن ذلك عن عمر ايضاً وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وانه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه انه أمره بالاعادة فى الوقت وبعد الوقت * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى النهى هل يدل على فساد المنهى عنه ام ليس يدل على فساده وانما يدل على تأثيم من فعله فقط اذا كان اصل الفعل الذى تعلق النهى به واجباً او جائزاً وقد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون . منهم من يجعله عن ثوبان . ومنهم من يجعله عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل لمؤمن ان يصلى وهو حاقن جداً قال ابو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه .

(المسئلة السادسة) اختلفوا فى رد سلام المصلى عمن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن ابى الحسن البصرى وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول واجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعى ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب

النعمان . واجاز قوم الرد فى نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة * والسبب فى اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم فى الصلاة المنهى عنه ام لا فمن رأى انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام فى قوله تعالى (واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها) الآية باحاديث النهى عن الكلام فى الصلاة قال لا يجوز الرد فى الصلاة ومن رأى انه ليس داخلا فى الكلام المنهى عنه اوخصص احاديث النهى بالامر برد السلام اجازه فى الصلاة قال ابو بكر بن منذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخبر خبيب ان النبى عليه الصلاة والسلام : رد على الذين سلموا عليه وهو فى الصلاة باشارة .

﴿ الباب الثانى فى القضاء ﴾

والكلام فى هذا الباب على من يجب القضاء وفى صفة انواع القضاء وفى شروطه . فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسى والنائم . واختلفوا فى العامد والمغمى عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسى والنائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله واعنى بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر النائم وقوله : اذا نام احدكم عن الصلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها وما روى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها . واما تاركها عمداً حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وان القضاء عليه واجب . وذهب بعض اهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك ابو محمد ابن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم فى شيئين ، احدهما فى جواز القياس فى الشرع ، والثانى فى قياس العامد على الناسى اذا سلم جواز القياس فمن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسى الذى قد عذره الشرع فى اشياء كثيرة فالمتعمد أحرى ان يجب عليه لانه غير معذور اوجب القضاء عليه . ومن رأى ان الناسى والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضها على بعض اذ احكامها مختلفة وانما تقاس الاشباه لم يجز قياس العامد على الناسى والحق فى هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغا واما ان جعل من باب الرفق بالناسى والعذر له وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد فى هذا ضد الناسى والقياس غير سائغ لان الناسى معذور والعامد غير معذور والاصل ان القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجدد على ما قال المتكلمون لان القاضى قد فاته احد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطاً من شروط الصحة والتأخير عن الوقت فى قياس

التقديم عليه لكن قدورد الأثر بالناسى والنائم وتردد العامد بين ان يكون شبيهاً او غير شبيه والله الموفق للحق . وأما المغمى عليه فان قوما اسقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم اوجبوا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء فى عدد معلوم وقالوا يقضى فى الخمس فما دونها * والسبب فى اختلافهم تردده بين النائم والمجنون فمن شبهه بالنائم اوجب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجنون اسقط عنه الوجوب . واما صفة القضاء فان القضاء نوعان ، قضاء لجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . اما قضاء الجملة فالنظر فيه فى صفة القضاء وشروطه ووقته . فاما صفة القضاء فهى بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاتان فى صفة واحدة من الفرضية . واما اذا كانت فى احوال مختلفة مثل ان يذكر صلاة حضرية فى سفر او صلاة سفرية فى حضر فاختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال ، فقوم قالوا انما يقضى مثل الذى عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك واصحابه ، وقوم قالوا انما يقضى أبداً اربعا سفرية كانت المنسية او حضرية فعلى رأى هؤلاء ان ذكر فى السفر حضرية صلاها حضرية وان ذكر فى الحضر سفرية صلاها حضرية وهو مذهب الشافعى . وقال قوم انما يقضى ابداً فرض الحال التى هو فيها فيقضى الحضرية فى السفر سفرية والسفرية فى الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيها فى الصحة او الصحيح يتذكر صلاة نسيها فى المرض اعنى ان فرضه هو فرض الصلاة فى الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون اوجب للمقضية صفة المنسية .. واما من اوجب ان يقضى ابدا حضرية فراعى الصفة فى احدهما والحال فى الاخرى اعنى انه اذا ذكر الحضرية فى السفر راعى صفة المقضية واذا ذكر السفرية فى الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس الا ان يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فيمن يرى القصر رخصة . واما شروط القضاء ووقته فان من شروطه الذى اختلفوا فيه الترتيب وذلك انهم اختلفوا فى وجوب الترتيب فى قضاء المنسيات اعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضها مع بعض اذا كانت اكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى ان الترتيب واجب فيها فى الخمس صلوات فما دونها وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو فى الحاضرة فسدت الحاضرة عليه وبمثل ذلك قال ابو حنيفة والثورى الا انهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة واتفق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع النسيان وقال الشافعى لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان فى الوقت متسع فحسن يعنى فى وقت الحاضرة * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب واختلافهم فى تشبيه

القضاء بالأداء فاما الآثار فانه ورد فى ذلك حديثان متعارضان احدهما ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : من نسى صلاة وهو مع الامام فى اخرى فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التى نسى ثم ليعد الصلاة التى صلى مع الامام واصحاب الشافعى يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : اذا نسى احدكم صلاة فذكرها وهو فى صلاة مكتوبة فليتم التى هو فيها فاذا فرغ منها قضى التى نسى والحديث الصحيح فى هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام : اذا نام أحدكم عن الصلاة او نسيها الحديث . واما اختلافهم فى جهة تشبيه القضاء بالاداء فان من رأى ان الترتيب فى الأداء انما لزم من اجل ان اوقاتها المختصة بصلاة منها هى مرتبة فى نفسها اذ كان الزمان لا يعقل الا مرتبا لم يلحق بها القضاء لانه ليس للقضاء وقت مخصوص ومن رأى ان الترتيب فى الصلوات المؤداة هو فى الفعل وان كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين فى وقت احداهما شبه القضاء بالاداء وقد رأت المالكية ان توجب الترتيب للمقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها اذا ذكرها قالوا فوقت المنسية هو وقت الذكر ولذلك وجب ان تفسد عليه الصلاة التى هو فيها فى ذلك الوقت وهذا لا معنى له لانه ان كان وقت الذكر وقتا للمنسية فهو بعينه ايضا وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات اذا كانت اكثر من صلاة واحدة واذا كان الوقت واحدا فلم يبق ان يكون الفساد الواقع فيها الا من قبل الترتيب بينها كالترتيب الذى يوجد فى اجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس احدى الصلاتين احق بالوقت من صاحبتها اذ كان وقتا لكليهما الا ان يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندى شئ يمكن ان يجعل اصلا فى هذا الباب لترتيب المنسيات الا الجمع عند من سلمه فان الصلوات المؤداة اوقاتها مختلفة والترتيب فى القضاء انما يتصور فى الوقت الواحد بعينه للصلاتين معا ففهم هذا فان فيه غموضاً واظن مالكا رحمه الله انما قاس ذلك على الجمع وانما صار الجميع الى استحسان الترتيب فى المنسيات اذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من اوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فان هذا منسوخ وايضا فانه كان تركا لعذر واما التحديد فى الخمس فما دونها فليس له وجه الا ان يقال انه اجماع فهذا حكم القضاء الذى يكون فى فوات جملة الصلاة واما القضاء الذى يكون فى فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الامام للمأموم اعنى ان يفوت المأموم بعض صلاة الامام فاما اذا فات المأموم بعض الصلاة فان فيه مسائل ثلاثا قواعد ، احداها متى تفوت الركعة ، والثانية هل اتيانه بما

فاته بعد سلام الامام اداء او قضاء، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك امامتى تفوته الركعة فان فى ذلك مسألتين ، احداهما اذ ادخل والامام قد اهوى الى الركوع ، والثانية اذا كان مع الامام فى الصلاة فسها ان يتبعه فى الركوع اومنعه من ذلك ماوقع من زحام اوغيره

(اما المسئلة الاولى) فان فيها ثلاثة اقوال ، احدها و هوالذى عليه الجمهور انه اذا ادرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة و ليس عليه قضاءها وهؤلاء اختلفو اهل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين تكبيرة للاحرام وتكبيرة للركوع او يجزيه تكبيرة الركوع وان كانت تجزيه فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تجزيه اذانوى بها تكبيرة الافتتاح وهومذهب مالك والشافعى والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لابد من تكبيرتين وقال قوم تجزى واحدة و ان لم ينوبها تكبيرة الافتتاح، والقول الثانى انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها مالم يدركه قائما وهو منسوب الى ابى هريرة، والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فادرك ذلك انه يجزيه لان بعضهم ائمة لبعض وبه قال الشعبى * وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط اوعلى الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام : من ادرك من الصلاة ركعة فقد ادرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال اذافاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكا للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى و المعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء و ينطلق شرعا على القيام والركوع والسجود فمن رأى ان اسم الركعة ينطلق فى قوله عليه الصلاة والسلام : من ادرك ركعة على الركعة الشرعية ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ما تدل عليه الاسماء قال لابد ان يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال اعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل ان يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط ان يكون اعتبر اكثر ما يدل عليه الاسم ههنا لان من ادرك الانحناء فقد ادرك منها جزئين ومن فاته الانحناء انما ادرك منها جزأ واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلا الى اختلافهم فى الاخذ ببعض دلالة الاسماء اوبكلها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً

واما من اعتبر ركوع من فى الصف من المأمومين فلأن الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاخلاف هو الاحتمال فى هذه الاضافة اعنى قوله عليه الصلاة والسلام: من ادرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر * واما اختلافهم فى هل تجزيه تكبيرة واحدة أو تكبيرتان اعنى المأموم اذا دخل فى الصلاة والامام راكع فسببه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفاً ام لا فمن رأى ان من شرطها الموضع الذى تفعل فيه تعلقاً بالفعل اعنى فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى ان التكبير كله فرض قال لابد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : وتحريمها التكبير وكان عنده ان تكبيرة الاحرام هى فقط الفرض قال يجزيه ان يأتى بها وحدها

واما من أجاز ان يأتى بتكبيرة واحدة ولم ينوبها تكبيرة الاحرام فقيل يبنى على مذهب من يرى ان تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبنى على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوى تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول فى الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية اعنى وقوعها فى اول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لابد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية

(واما المسئلة الثانية) وهى اذا سها عن اتباع الامام فى الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاته ادراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا امكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه ويعتد بالركعة مالم يرفع الامام رأسه من الانحناء فى الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاصحاب مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن نسيان اوان يكون عن زحام وبين ان يكون فى جمعة او فى غير جمعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا فى الركعة الاولى او فى الركعة الثانية وليس قصدنا تفصيل المذهب ولا تخريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فنقول ان سبب الاختلاف فى هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يقارن فعل الامام او ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو فى جميع اجزاء الركعة الثلاثة اعنى القيام والانحناء والسجود ام انما هو شرط فى بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافا عليه اعنى ان يفعل هو فعلا والامام فعلا ثانيا فمن رأى انه شرط فى كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة اعنى ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً

عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتبره فى بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد اختلف عليه فى الركعة الاولى واما من قال انه يتبعه مالم ينحن فى الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على انه اذا قام من الانحناء فى الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون فى حكم الاولى والامام فى حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

(واما المسئلة الثانية) من المسائل الثلاث الاول التى هى اصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء او قضاء فان فى ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا ان ما يأتى له بعد سلام الامام هو قضاء وان ما ادرك ليس هو اول صلاته وقوم قالوا ان الذى يأتى به بعد سلام الامام هو اداء وان ما ادرك هو اول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقضى فى الاقوال يعنون فى القراءة ويبنى فى الافعال يعنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول اعنى مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فيهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثانى اعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها ايضاً بام القرآن وسورة وقد نسبت الاقاويل الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقضى فى الاقوال ويبنى فى الافعال لانه لم يختلف قوله فى المغرب انه اذا ادرك منها ركعة انه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف فى قوله انه يقضى بام القرآن وسورة * وسبب اختلافهم انه ورد فى بعض روايات الحديث المشهور فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا والاتمام يقتضى ان يكون ما ادرك هو اول صلاته وفى بعض رواياته فما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب ان ما ادرك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاتمام قال ما ادرك هو اول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما ادرك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء فى الاقوال والاداء فى الافعال وهو ضعيف اعنى ان يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب فى اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على ان ما ادرك هو اول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام فى الترتيب فتأمل هذا ويشبه ان يكون هذا هو احد ما راعاه من قال ما ادرك

فهو آخر صلاته .

(واما المسئلة الثالثة من المسائل الاول وهى متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام فى الاتباع فان فيها مسائل، احداها متى يكون مدركا لصلاة الجمعة . والثانية متى يكون مدركا معه لحكم سجود السهو اعنى سهو الامام ، والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء امام يتم الاتمام اذا أدرك من صلاة الامام بعضها

(فاما المسئلة الاولى) فان قوماً قالوا اذا أدرك ركعة من الجمعة فقد ادرك الجمعة ويقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعى فان أدرك أقل صلى ظهراً اربعاً وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منها ما أدرك وهو مذهب ابى حنيفة * وسبب الخلاف فى هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار الى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا اوجب ان يقضى ركعتين وان أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده فى قوله عليه السلام فقد ادرك الصلاة اى فقد ادرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف فى هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن ان يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا المجاز فى احدها اظهر منه فى الثانى فان كان الامر كذلك كان من باب المجمل الذى لا يقتضى حكما وكان الآخر بالعموم اولى وان سلمنا انه اظهر فى احد هذه المحذوفات وهو مثلا الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضاً للعموم الا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبنى على المحتمل او الظاهر . واما من يرى ان قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب الا ان يتقرر أن هنالك اصطلاحا عرفيا أو شرعياً واما مسئلة اتباع المأموم الامام فى السجود أعنى فى سجود السهو فان قوما اعتبروا فى ذلك الركعة أعنى أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا فى ذلك فمن لم يعتبر ذلك فمصيراً الى عموم قوله عليه السلام: انما جعل الامام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك فمصيراً الى مفهوم قوله عليه السلام: فقد ادرك الصلاة ولذلك اختلفوا فى المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر اذا ادرك من صلاة الامام الحاضر أقل من ركعة لم يتم واذا ادرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم القضاء الذى يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الامام له

واما حكم القضاء لبعض الصلاة الذى يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منها ركناً فهو يقضى اعنى فريضة وانه ليس يجزى منه الا الاتيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم اوجب فيها الاعادة مثل من نسى اربع سجدات من اربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ماقبلها من الركعات ثم اتى بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها و يلزمه الاعادة وهى احدى الروايتين عن احمد بن حنبل وقوم قالوا يأتى بأربع سجدات متوالية وتكمل بها صلاته وبه قال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدتين وهو مذهب الشافعى * وسبب الخلاف فى هذا مراعاة الترتيب فمن راعاه فى الركعات والسجدات ابطل الصلاة ومن راعاه فى السجدات ابطل الركعات ماعدى الاخيرة قياساً على قضاء مافات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها معاً فى ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً فى الفعل المكرر فى ركعة ركعة اعنى السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام و انحناء وسجود والسجود مكرر فزعم اصحاب ابى حنيفة ان السجود لما كان مكرراً لم يجب ان يراعى فيه التكرير فى الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف اصحاب مالك فيمن نسى قراءة ام القرآن من الركعة الاولى فقيل لايعتد بالركعة ويقضيها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة و فروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصدنا ههنا الاما يجرى مجرى الاصول

﴿ الباب الثالث من الجملة الرابعة فى سجود السهو ﴾

والسجود المنقول فى الشريعة فى احد موضعين اما عند الزيادة او النقصان اللذين يقعان فى افعال الصلاة واقوالها من قبل النسيان لامن قبل العمد واما عند الشك فى افعال الصلاة، فاما السجود الذى يكون من قبل النسيان لامن قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول ، الفصل الاول فى معرفة حكم السجود ، الثانى فى معرفة مواضعه من الصلاة، الثالث فى معرفة الجنس من الافعال والافعال التى يسجد لها، الرابع فى صفة سجود السهو ، الخامس فى معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بماذا ينبه المأموم الامام الساهى على سهوه

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا فى سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعى الى انه سنة وذهب ابو حنيفة الى انه فرض لكن من شرط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو فى الافعال وبين السجود للسهو فى الاقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذى يكون للافعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا فى المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى حمل افعاله عليه السلام فى ذلك على الوجوب أو على الندب فاما ابو حنيفة فحمل افعاله عليه السلام فى السجود على الوجوب اذ كان هو الاصل عندهم اذ جاء بيانا لواجب كما قال عليه السلام : صلوا كما رأيتمونى أصلى وأما الشافعى فحمل أفعاله فى ذلك على الندب وأخرجها عن الاصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البدل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الافعال أكثر من الاقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الاقوال اعنى ان الفروض التى هى افعال هى أكثر من فروض الاقوال فكأنه رأى ان الافعال آكد من الاقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الاعما كان منها ليس بفرض وتفريقه أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كأنه استغفار لابدل

﴿ الفصل الثانى ﴾

اختلفوا فى مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدا قبل السلام وذهبت الحنفية الى أن موضعه أبدا بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لنقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود فى غير تلك المواضع يسجد له أبدا قبل السلام وقال أهل الظاهر لايسجد للسهو الا فى المواضع الخمسة التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان

فرضاً أتى به وان كان ندبا فليس عليه شئ * والسبب فى اختلافهم انه عليه السلام ثبت عنه انه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك انه ثبت من حديث ابن بحينة انه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضا صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً انه سجد بعد السلام فى حديث ذى اليدين المتقدم اذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس فى سجود السهو اعنى الذين رأوا تعدية الحكم فى المواضع التى سجد فيها عليه السلام الى أشباهها فى هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب، أحدها مذهب الترجيح، والثانى مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فمن رجح حديث ابن بحينة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبى سعيد الخدرى الثابت انه عليه السلام: قال اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثا ام اربعاً فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فان كانت الركعة التى صلاها خامسة شفعها بهاتين السجدتين وان كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا ففيه السجود للزيادة قبل السلام لانها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بماروى عن ابن شهاب انه قال كان آخر الامرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام

واما من رجح حديث ذى اليدين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بان حديث ابن بحينة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة انه عليه السلام: قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال ابو عمر ليس مثله فى النقل فيعارض به واحتجوا ايضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام.

واما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا ان هذه الاحاديث لا تتناقض وذلك ان السجود فيها بعد السلام انما هو فى الزيادة والسجود قبل السلام فى النقصان فوجب ان يكون حكم السجود فى سائر المواضع كما هو فى هذا الموضع قالوا وهو اولى من حمل الاحاديث على التعارض

واما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد فى المواضع التى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذى سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فان ذلك هو حكم تلك المواضع

واما المواضع التى لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التى سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس

على المواضع التى سجد فيها بعد السلام وابقى سجود المواضع التى سجد فيها على ماسجد فيها فمن جهة انه ابقى حكم هذه المواضع على ماوردت عليه وجعلها متغايرة الاحكام هو ضرب من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة انه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح اعنى انه قاس على السجود الذى قبل السلام ولم يقس على الذى بعده واما من لم يفهم من هذه الافعال حكما خارجا عنها وقصر حكمها على انفسها وهم اهل الظاهر فاقتصروا بالسجود على هذه المواضع فقط واما احمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر اهل الظاهر ونظر اهل القياس وذلك انه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التى ورد فيها الاثر ولم يعده وعدى السجود الذى ورد فى المواضع التى قبل السلام ولكل واحد من هؤلاء ادلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس اعنى لاصحاب القياس وليس قصدنا فى هذا الكتاب فى الاكثر ذكر الخلاف الذى يوجبه القياس كما ليس قصدنا ذكر المسائل المسكوت عنها فى الشرع الا فى الاقل وذلك اما من حيث هى مشهورة واصل لغيرها واما من حيث هى كثيرة الوقوع والمواضع الخمسة التى سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم احدها انه قام من اثنتين على ماجاء فى حديث ابن بحينة، والثانى انه سلم من اثنتين على ماجاء فى حديث ذى اليدين، والثالث انه صلى خمسا على ما فى حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخارى، والرابع انه سلم من ثلاث على ما فى حديث عمران بن الحصين، والخامس السجود عن الشك على ماجاء فى حديث ابى سعيد الخدرى وسيأتى بعد * واختلفوا لماذا يجب سجود السهو فقيل يجب للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال اهل الظاهر والشافعى

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما الاقوال والافعال التى يسجد لها فان القائلين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة وقعت فى الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شئ عندهم فيها اعنى اذا سها عنها فى الصلاة ما لم يكن اكثر من رغيبة واحدة مثل مايرى مالك انه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب من اكثر من واحدة واما الفرائض فلا يجزى عنها الا الاتيان بها وجبرها اذا كان السهو عنها

مما لا يوجب اعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الاعادة وما يوجب القضاء اعنى على من ترك بعض اركان الصلاة واما سجود السهو للزيادة فانه يقع عند الزيادة فى الفرائض والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وانما يختلفون من قبل اختلافهم فيما منها فرض اوليس بفرض وفيما هو منها سنة اوليس بسنة وفيما هو منها سنة اورغيبة مثال ذلك ان عند مالك ليس يسجد لترك القنوت لانه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعى لانه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة او فريضة او رغيبة وعند مالك واصحابه سجود السهو للزيادة اليسيرة فى الصلاة وان كانت من غير جنس الصلاة وينبغى ان تعلم ان السنة والرغيبة هى عندهم من باب الندب وانما تختلفان عندهم بالاقل والاكثر اعنى فى تأكيد الامر بها وذلك راجع الى قرائن احوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم فى هذا الجنس كثيراً حتى ان بعضهم يرى ان فى بعض السنن ما اذا تركت عمداً ان كانت فعلا اوفعلت عمداً ان كانت تركا ان حكمها حكم الواجب اعنى فى تعلق الاثم بها وهذا موجود كثيراً لاصحاب مالك وكذلك تجدهم قد اتفقوا ما خلا اهل الظاهر على ان تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك انسان الوتر او ركعتى الفجر دائما لكان مفسقا آثما فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هى فرض بعينها وجنسها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هى سنة بعينها فرض بجنسها مثل الوتر وركعتى الفجر وما اشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رغائب بعينها سنن بجنسها مثل ما حكيناه عن مالك من ايجاب السجود لاكثر من تكبيرة واحدة اعنى للسهو عنها ولا تكون فيما احسب عند هؤلاء سنة بعينها وجنسها

واما اهل الظاهر فالسنن عندهم هى سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام للاعرابى الذى سأله عن فروض الاسلام : افلح ان صدق ادخل الجنة ان صدق وذلك بعد ان قال له والله لا ازيد على هذا ولا انقص منه يعنى الفرائض وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهو لترك الجلسة الوسطى واختلفوا فيها هل هى فرض او سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الامام اذا سبح به اليها اوليس يرجع وان رجع فمتى يرجع فقال الجمهور يرجع ما لم يستو قائما وقال قوم يرجع ما لم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع ان فارق الارض قدر شبر واذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على ان صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

الفصل الرابع

واما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا فى ذلك فرأى مالك ان حكم سجدتى السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام أن يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعى اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقد روى عن مالك انه لا يتشهد للتى قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التى بعد السلام فثابت عن النبى صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت * وسبب هذا الاختلاف هو اختلافهم فى تصحيح ما ورد من ذلك فى حديث ابن مسعود أعنى من انه عليه الصلاة والسلام تشهد ثم سلم وتشبيه سجدتى السهو بالسجدتين الاخيرتين من الصلاة فمن شبهها بهما لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت فى نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء فى هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهداً وتسليما وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعى وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تسليما وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذى حكيناه نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وانه سلم وفى ثبوت تشهده فيها نظر

الفصل الخامس

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا فى المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذ مكحول فألزمه السجود فى خاصة نفسه * وسبب اختلافهم اختلافهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم وما لا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سها ان المأموم يتبعه فى سجود السهو وان لم يتبعه فى سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فاته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبى وأحمد وأبو ثور واصحاب الرأى وقال قوم يقضى ثم

يسجدو به قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجدهما معه وان سجد بعد التسليم سجدهما بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعى وقال قوم يسجدهما مع الامام ثم يسجدهما ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم اى اولى واخلق ان يتبعه فى السجود مصاحباله اوفى آخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعها للمأموم هو موضع السجود اعنى فى آخر الصلاة او موضعها هو وقت سجود الامام فمن آثر مقارنة فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأى ذلك شرطا فى الاتباع اعنى ان يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يأت بها فى موضع السجود ومن آثر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن اوجب عليه الامرين اوجب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على ان السنة لمن سها فى صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة وسلام انه قال : مالى اراكم اكثرتم من التصفيق من نابه شيء فى صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا فى النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعى وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قوله عليه الصلاة والسلام : وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى ان معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء فى السهو وهو الظاهر قال النساء يصفقن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء فى التسبيح سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تقاس المرأة فى ذلك على الرجل والمرأة كثيراما يخالف حكمها فى الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس واما سجود السهو الذى هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فيمن شك فى صلاته فلم يدر كم صلى اواحدة او اثنتين او ثلاثة او اربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم يبنى على اليقين وهو الاقل ولا يجزيه التحرى ويسجد سجدتى السهو وهو قول مالك والشافعى وداود وقال ابو حنيفة ان كان اول امره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لا رجوع الى يقين ولا تحر وانما عليه السجود فقط اذا شك * والسبب فى اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة فى هذا الباب وذلك ان فى هذا الباب ثلاثة آثار،

احدها حديث البناء على اليقين وهو حديث ابى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثا أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم ليسجد سجدتين قبل ان يسلم فان كان صلى خمساً شفعن له صلاته وان كان صلى اتماما لاربع كانتا ترغيما للشيطان خرجه مسلم ، والثانى حديث ابن مسعود ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : اذا سها أحدكم فى صلاته فليتحر وليسجد سجدتين وفى رواية أخرى عنه فلينظر احرى ذلك الى الصواب ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتى السهو ويتشهد ويسلم ، والثالث حديث أبى هريرة خرجه مالك والبخارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ان أحدكم اذا قام يصلى جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لايدرى كم صلى فاذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفى هذا المعنى أيضاً حديث عبدالله بن جعفر خرجه ابو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من شك فى صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناس فى هذه الاحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا مذهب الترجيح منهم من لم يلتفت الى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه الى الذى رجح ومنهم من جمع الامرين أعنى جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح الى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها واسقط حكم البعض .

فاما من ذهب مذهب الجمع فى بعض والترجيح فى بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه الى المرجح فمالك بن انس فانه حمل حديث ابى سعيد الخدرى على الذى لم يستنكحه الشك وحمل حديث ابى هريرة على الذى يغلب عليه الشك ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأول حديث ابن مسعود على ان المراد بالتحرى هنالك هو الرجوع الى اليقين فأثبت على مذهبه الاحاديث كلها. واما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها واسقاط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فابو حنيفة فانه قال ان حديث ابى سعيد انما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذى عنده ظن غالب واسقط حكم حديث ابى هريرة وذلك انه قال ما فى حديث ابى سعيد وابن مسعود زيادة والزيادة يجب قبولها والاخذ بها وهذا ايضاً كانه ضرب من الجمع .

واما الذى رجح بعضها واسقط حكم البعض فالذين قالوا انما عليه السجود فقط وذلك ان هؤلاء رجحوا حديث ابى هريرة واسقطوا حديث ابى سعيد وابن مسعود ولذلك كان اضعف الاقوال فهذا ما رأينا ان نثبته فى هذا القسم من قسمى كتاب الصلاة وهو القول فى

الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول فى القسم الثانى من الصلاة الشرعية وهى الصلوات التى ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثانى ﴾

ولان الصلاة التى ليست بمفروضة على الاعيان منها ماهى سنة ومنها ماهى نفل ومنها ماهى فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ماهو متفق عليه ومنها ماهو مختلف فيه رأينا ان نفرد القول فى واحدة واحدة من هذه الصلوات وهى بالجملة عشر ، ركعتا الفجر ، والوتر ، والنفل ، وركعتا دخول المسجد ، والقيام فى رمضان ، والكسوف ، والاستسقاء ، والعيدان ، وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة ابواب ، والصلاة على الميت نذكرها على حدة فى باب احكام الميت على ماجرت به عادة الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجنائز

﴿ الباب الاول ﴾

القول فى الوتر * واختلفوا فى الوتر فى خمسة مواضع منها فى حكمه ومنها فى صفته ومنها فى وقته ومنها فى القنوت فيه ومنها فى صلاته على الراحلة

اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة

واما صفته فان مالكا رحمه الله استحب ان يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال ابو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير ان يفصل بينها بسلام وقال الشافعى الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقاويل سلف من الصحابة والتابعين * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة : انه كان يصلى من الليل احدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة وثبت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدركك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة انه عليه الصلاة والسلام كان يصلى ثلاث عشرة ركعة ويوتر من ذلك بخمس لايجلس فى شئ الا فى آخرها وخرج ابوداود عن ابى ايوب الانصارى انه عليه الصلاة والسلام قال : الوتر حق على كل مسلم فمن احب ان يوتر بخمس فليفعل ومن

احب ان يوتر بثلاث فليفعل ومن احب ان يوتر بواحدة فليفعل وخرج ابوداود انه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبدالله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأنقص من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء فى هذه الاحاديث مذهب الترجيح فمن ذهب الى ان الوتر ركعة واحدة فمصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام : فاذا خشيت الصبح فأوتر بواحدة والى حديث عائشة انه كان يوتر بواحدة ومن ذهب الى ان الوتر ثلاث من غير ان يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له ان يحتج بشئ مما فى هذا الباب لانها كلها تقتضى التخيير ماعدى حديث ابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام: المغرب وتر صلاة النهار فان لابى حنيفة ان يقول انه اذا اشبه شئ بشئ وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به احرى ان يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثا وجب ان يكون وتر صلاة الليل ثلاثا واما مالك فانه تمسك فى هذا الباب بانه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط الا فى اثر شفع فرأى ان ذلك من سنة الوتر وان اقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة اما ان يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها ان يتقدمها شفع واما ان يرى ان الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فانه اذا زيد على الشفع وتر صار الكل وتراً ويشهد لهذا المذهب حديث عبدالله بن قيس المتقدم فانه سمى الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لاعتقاده ان الوتر هو الركعة الواحدة انه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شئ واى شئ يوتر له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: توتر له ماقد صلى فان ظاهر هذا القول انه كان يرى ان الوتر الشرعى هو العدد الوتر بنفسه اعنى الغير مركب من الشفع والوتر وذلك ان هذا هو وتر لغيره وهذا التأويل عليه اولى والحق فى هذا ان ظاهر هذه الاحاديث يقتضى التخيير فى صفة الوتر من الواحدة الى التسع على ماروى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر انما هو فى هل من شرط الوتر ان يتقدمه شفع منفصل ام ليس ذلك من شرطه فيشبه ان يقال ذلك من شرطه لانه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه ان يقال ليس ذلك من شرطه لان مسلماً قد خرج انه عليه الصلاة والسلام كان اذا انتهى الى الوتر ايقظ عائشة فأوترت وظاهره انها كانت توتر دون ان تقدم على وترها شفعاً وايضاً فانه قد خرج من طريق عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس فى الثامنة والتاسعة ولا

يسلم الا فى التاسعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فلما اسن وأخذ اللحم اوتر بسبع ركعات لم يجلس الا فى السادسة والسابعة ولم يسلم الا فى السابعة ثم يصلى ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث الوتر فيه متقدم على الشفع ففيه حجة على انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة فى ذلك ماروى أبو داود عن ابىّ بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يوتر بسبح اسم ربك الاعلى وقل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد وعن عائشة مثله وقالت فى الثالثة بقل هو احد والمعوذتين

واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن اثبت ما فى ذلك ما خرجه مسلم عن ابى نضرة العوفى ان اباسعيد اخبرهم انهم سألوا النبى صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل الصبح * واختلفوا فى جواز صلاته بعد الفجر فقوم منعوا ذلك وقوم اجازوه ما لم يصل الصبح وبالقول الاول قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وسفيان الثورى وبالثانى قال مالك والشافعى واحمد * وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة فى ذلك للآثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة فى ذلك ان لا يجوز ان يصلى بعد الصبح كحديث ابى بصرة المتقدم وحديث ابى حذيفة العدوى نص فى هذا خرجه ابو داود وفيه وجعلها لكم ما بين صلاة العشاء الى ان يطلع الفجر ولا خلاف بين اهل الاصول ان ما بعد الى بخلاف ما قبلها اذا كانت غاية وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من انواعه المتفق عليها مثل قوله تعالى (واتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف الغاية . واما العمل المخالف فى ذلك للاثر فانه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبادة بن الصامت وحذيفة وابى الدرداء وعائشة انهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأى قوم ان مثل هذا هو داخل فى باب الاجماع ولا معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل اعنى انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف له قول فى المسئلة . واما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو فى ذلك خلاف عن الصحابة واىّ خلاف اعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الاحاديث اعنى خلافهم لهؤلاء الذين اجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذى عندي فى هذا ان هذا من فعلهم ليس مخالفا للآثار الواردة فى ذلك اعنى فى اجازتهم الوتر بعد الفجر بل اجازتهم ذلك هو من باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر

من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم فى هل القضاء فى العبادة الموقتة يحتاج الى امر جديد أم لا اعنى غير امر الاداء وهذا التأويل بهم أليق فان اكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم ابصروا ايقضون الوتر قبل الصلاة وبعد الفجر وان كان الذى نقل عن ابن مسعود فى ذلك قول اعنى انه كان يقول ان وقت الوتر من بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من الصحابة انه يذهب هذا المذهب من قبل انه ابصر يصلى الوتر بعد الفجر فينبغى ان تتأمل صفة النقل فى ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر فى وقت الوتر عن الناس خمسة اقوال منها القولان المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلى الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس والرابع انه يصليها وان طلعت الشمس وبه قال ابو ثور والاوزاعى والخامس انه يوتر من الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم فى تأكيده وقربه من درجة الفرض فمن رآه اقرب أوجب القضاء فى زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه أبعد أوجب القضاء فى زمان اقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده القضاء اذ القضاء انما يجب فى الواجبات وعلى هذا يجئ اختلافهم فى قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغى الا يفرق فى هذا بين الندب والواجب اعنى ان من رأى ان القضاء فى الواجب يكون بامر متجدد ان يعتقد مثل ذلك فى الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يعتقد مثل ذلك فى الندب

وأما اختلافهم فى القنوت فيه فذهب أبو حنيفة واصحابه الى انه يقنت فيه ومنعه مالك واجازه الشافعى فى احد قوليه فى النصف الآخر من رمضان وأجازه قوم فى النصف الاول من رمضان وقوم فى رمضان كله * والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهرا وروى عنه ان آخر امره لم يكن يقنت فى شئ من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة

واما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام اعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو مما يعتمدونه فى الحجة على انها ليست بفرض اذ كان قد صح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يتنفل على الراحلة ولم يصح عنه انه صلى قط مفروضة على الراحلة واما الحنفية فلمكان اتفاقهم معهم على هذه المقدمة وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من ذلك ان لا تصلى على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب اكثر العلماء الى

ان المرء اذا اوتر ثم نام فقام يتنفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة و السلام : لا وتران في ليلة خرج ذلك ابو داود وذهب بعضهم الى انه يشفع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية ويوتر اخرى بعد التنفل شفعاً وهي المسئلة التي يعرفونها بنقض الوتر وفيه ضعف من وجهين ، احدهما ان الوتر ليس ينقلب الى النفل بتشفيعه ، و الثاني ان التنفل بواحدة غير معروف من الشرع وتجويز هذا ولا تجويزه هو سبب الخلاف في ذلك فمن راعى من الوتر المعنى المعقول وهو ضد الشفع قال ينقلب شفعا اذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعي قال ليس ينقلب شفعاً لان الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة او واجبة

الباب الثاني في ركعتي الفجر

واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة لمعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها اكثر منه على سائر النوافل ولترغيبه فيها ولانه قضاها بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة واختلفوا من ذلك في مسائل ، احداها في المستحب من القراءة فيهما فعند مالك المستحب ان يقرأ فيهما بام القرآن فقط وقال الشافعي لا بأس ان يقرا فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة وقال ابو حنيفة لا توقيف فيهما في القراءة يستحب و انه يجوز ان يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل * والسبب في اختلافهم اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام في هذه الصلاة و اختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يخفف ركعتي الفجر على ما روته عائشة قالت حتى اني اقول اقرا فيهما بام القرآن ام لا فظاهر هذا انه كان يقرا فيهما بأم القرآن فقط وروى عنه من طريق ابو هريرة خرجه ابو داود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله احد وقل يا ايها الكافرون فمن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة ام القرآن فقط ومن ذهب مذهب الحديث الثاني اختار ام القرآن وسورة قصيرة ومن كان على اصله في انه لا تتعين القراءة في الصلاة لقوله تعالى (فاقرؤا ما تيسر منه) قال يقرأ فيهما ما احب ، والثانية في صفة القراءة المستحبة فيهما فذهب مالك والشافعي واكثر العلماء الى ان المستحب فيهما هو الاسرار وذهب قوم الى ان المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الاسرار والجهر * والسبب في ذلك تعارض مفهوم الآثار وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة والسلام يقرا فيهما سراً ولولا ذلك لم تشك عائشة هل قرا فيهما بام القرآن ام لا وظاهر ما روى ابو هريرة انه كان يقرأ فيهما بقل يا ايها الكافرون وقل هو الله احد ان قراءته عليه السلام فيهما

كانت جهراً ولولا ذلك ما علم ابو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الاثرين قال اما باختيار الجهر ان رجح حديث ابي هريرة واما باختيار الاسرار ان رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخيير ، والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وادرك الامام في الصلاة او دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك اذا كان قد دخل المسجد فاقيمت الصلاة فليدخل مع الامام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والامام يصلي الفرض وان كان لم يدخل المسجد فان لم يخف ان يفوته الامام بركعة فليركعهما خارج المسجد وان خاف فوات الركعة فليدخل مع الامام ثم يصليهما اذا طلعت الشمس ووافق ابو حنيفة مالكا في الفرق بين ان يدخل المسجد او لا يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعهما خارج المسجد ما ظن انه يدرك ركعة من الصبح مع الامام وقال الشافعي اذا اقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعهما اصلا لا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر ان قوماً جوزوا ان يركعهما في المسجد والامام يصلي وهو شاذ * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومه لم يجز صلاة ركعتي الفجر اذا اقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط اجاز ذلك خارج المسجد ما لم تفته الفريضة او لم يفته منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عنده في النهي انما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عنده انما هو ان تكون صلاتان معا في موضع واحد لمكان الاختلاف على الامام كما روى عن ابي سلمة بن ابي عبد الرحمن انه قال سمع قوم الاقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اصلاتان معا اصلاتان معا قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وانما اختلف مالك وابو حنيفة في القدر الذي يراعى من فوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتي الفجر اذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم افضل من ركعتي الفجر فمن رأى انه بفوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تفته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى انه يدرك الفضل اذا ادرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام: من ادرك ركعة من الصلاة فقد ادرك الصلاة اي قد ادرك فضلها وحمل ذلك على عمومه في تارك ذلك قصداً او بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن انه يدرك ركعة منها ومالك انما يحمل هذا الحديث والله اعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لفواتها ولذلك رأى انه اذا فاتته منها ركعة فقد فاته فضلها واما من اجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تقام فالسبب

فى ذلك احدامرين، اما انه لم يصح عنده هذا الاثر، او لم يبلغه قال ابو بكر بن المنذر هو اثر ثابت اعنى قوله عليه الصلاة و السلام: اذا اقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه ابو عمر بن عبد البر واجازة ذلك تروى عن ابن مسعود، والرابعة فى وقت قضائها اذا فاتت حتى صلى الصبح فان طائفة قالت يقضيها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يقضيها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعا فقال يقضيها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يقضيها بعد الزوال وهولاء الذين قالوا بالقضاء منهم من استحب ذلك ومنهم من خير فيه والاصل فى قضائها صلاته لها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن الصلاة

﴿ الباب الثالث فى النوافل ﴾

واختلفوا فى النوافل هل تثنى او تربع او تثلث فقال مالك والشافعى صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى يسلم فى كل ركعتين وقال ابو حنيفة ان شاء ثنى او ثلث او ربع او سدس او ثمن دون ان يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار اربع * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب وذلك انه ورد فى هذا الباب من حديث ابن عمر ان رجلا سأل النبى عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال: صلاة الليل مثنى مثنى فاذا خشى احدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يصلى قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن اخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت ايضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى اربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى اربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلى ثلاثا قالت فقلت يا رسول الله اتنام قبل ان توتر قال: يا عائشة ان عينى تنامان ولا ينام قلبى وثبت عنه ايضا من طريق ابى هريرة انه قال عليه الصلاة والسلام: من كان يصلى بعد الجمعة فليصل اربعا وروى الاسود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى من الليل تسع ركعات فلما اسن صلى سبع ركعات فمن اخذ ايضاً بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربع والثلاث دون ان يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة واحسب ان فيه خلافا شاذا

﴿ الباب الرابع ﴾

فى ركعتى دخول المسجد والجمهور على أن ركعتى دخول المسجد مندوب اليها من غير ايجاب وذهب اهل الظاهر الى وجوبها * وسبب الخلاف فى ذلك هل الامر فى قوله عليه الصلاة والسلام: اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب او على الوجوب فان الحديث متفق على صحته فمن تمسك فى ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الاصل هو حمل الاوامر المطلقة على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم ينقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب الى الندب قال الركعتان واجبتان ومن انقدح عنده دليل على حمل الاوامر ههنا على الندب أو كان الاصل عنده فى الاوامر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فان هذا قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور انما ذهبوا الى حمل الامر ههنا على الندب لمكان التعارض الذى بينه وبين الاحاديث التى تقتضى بظاهرها أو بنصها ان لا صلاة مفروضة الا الصلوات الخمس التى ذكرناها فى صدر هذا الكتاب مثل حديث الاعرابى وغيره وذلك انه ان حمل الامر ههنا على الوجوب لزم ان تكون المفروضات أكثر من خمس ولمن اوجبها ان الوجوب ههنا انما هو متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً كالامر بالصلوات المفروضة وللفقهاء ان تقييد وجوبها بالمكان شبيه بتقييد وجوبها بالزمان ولاهل الظاهر ان المكان المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة المفروضة * واختلف العلماء من هذا الباب فيمن جاء المسجد وقد ركع ركعتى الفجر فى بيته هل يركع عند دخوله المسجد ام لا فقال الشافعى يركع وهى رواية اشهب عن مالك وقال ابو حنيفة لا يركع وهى رواية ابن القاسم عن مالك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه الصلاة والسلام؛ اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد الفجر الا ركعتى الصبح فها هنا عمومان وخصوصان، أحدهما فى الزمان، والآخر فى الصلاة وذلك أن حديث الامر بالصلاة عند دخول المسجد عام فى الزمان خاص فى الصلاة والنهى عن الصلاة بعد الفجر الا ركعتا الصبح خاص فى الزمان عام فى الصلاة فمن استثنى خاص الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتى الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب ذلك وقد قلنا ان مثل هذا التعارض اذا وقع فليس يجب ان يصار الى احد التخصيصين الا بدليل وحديث النهى لا يعارض به حديث الامر الثابت والله أعلم فان ثبت الحديث وجب طلب الدليل من موضع آخر.

﴿ الباب الخامس ﴾

واجمعوا على ان قيام شهر رمضان مرغب فيه اكثر من سائر الاشهر لقوله عليه الصلاة والسلام : من قام رمضان ايمانا واحتسابا غفر له ماتقدم من ذنبه وان التراويح التى جمع عليها عمر ابن الخطاب الناس مرغب فيها وان كانوا اختلفوا أى افضل اهى او الصلاة آخر الليل اعنى التى كانت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن الجمهور على ان الصلاة آخر الليل افضل لقوله عليه الصلاة والسلام : افضل الصلاة صلاتكم فى بيوتكم الا المكتوبة ولقول عمر فيها والتى تنامون عنها افضل * واختلفوا فى المختار من عدد الركعات التى يقوم بها الناس فى رمضان فاختار مالك فى احد قوليه وابو حنيفة والشافعى واحمد وداود القيام بعشرين ركعة سوى الوتر وذكر ابن القاسم عن مالك انه كان يستحسن ستاً وثلاثين ركعة والوتر ثلاث * وسبب اختلافهم اختلاف النقل فى ذلك وذلك ان مالكا روى عن يزيد بن رومان قال كان الناس يقومون فى زمان عمر بن الخطاب بثلاث وعشرين ركعة وخرج ابن ابى شيبة عن داود بن قيس قال ادركت الناس بالمدينة فى زمان عمر بن عبد العزيز وابان بن عثمان يصلون ستاً وثلاثين ركعة ويوترون بثلاث وذكر ابن القاسم عن مالك انه الامر القديم يعنى القيام بست وثلاثين ركعة ،

﴿ الباب السادس فى صلاة الكسوف ﴾

اتفقوا على ان صلاة كسوف الشمس سنة وانها فى جماعة ، واختلفوا فى صفتها وفى صفة القراءة فيها وفى الاوقات التى تجوز فيها وهل من شروطها الخطبة أم لا وهل كسوف القمر فى ذلك ككسوف الشمس ففى ذلك خمس مسائل اصول فى هذا الباب (المسئلة الاولى) ذهب مالك والشافعى وجمهور اهل الحجاز واحمد ان صلاة الكسوف ركعتان فى كل ركعة ركوعان وذهب ابو حنيفة والكوفيون الى ان صلاة الكسوف ركعتان على هيئة صلاة العيد والجمعة * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى هذا الباب ومخالفة القياس لبعضها وذلك انه ثبت من حديث عائشة انها قالت خسفت الشمس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس فقام فأطال القيام ثم ركع فاطال الركوع ثم قام فاطال القيام وهو دون القيام الاول ثم ركع فأطال الركوع وهو دون الركوع الاول ثم رفع فسجد ثم رفع فسجد ثم فعل فى الركعة الآخرة مثل ذلك ثم انصرف وقد تجلت الشمس ولماثبت ايضاً من هذه الصفة فى حديث ابن عباس اعنى من ركوعين فى ركعة قال

ابو عمر هذان الحديثان من اصح ماروى فى هذا الباب فمن اخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان فى ركعة وورد ايضاً من حديث أبى بكرة وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير انه صلى فى الكسوف ركعتين كصلاة العيد قال ابو عمر بن عبد البر وهى كلها آثار مشهورة صحاح ومن احسنها حديث ابى قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الكسوف نحو صلاتكم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فمن رجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس اعنى موافقتها لسائر الصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضى خرج مسلم حديث سمرة قال ابو عمر وبالجملة فانما صار كل فريق منهم الى ماروى عن سلفه ولذلك رأى بعض اهل العلم ان هذا كله على التخيير وممن قال بذلك الطبرى ، قال القاضى وهو الاولى فان الجمع اولى من الترجيح قال ابو عمر وقد روى فى صلاة الكسوف عشر ركعات فى ركعتين وثمان ركعات فى ركعتين وست ركعات فى ركعتين واربع ركعات فى ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال ابو بكر بن المنذر وقال اسحاق بن راهويه كل ماورد من ذلك فمؤتلف غير مختلف لان الاعتبار فى ذلك لتجلى الكسوف فالزيادة فى الركوع انما تقع بحسب اختلاف التجلى فى الكسوفات التى صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد انه كان يرى ان المصلى ينظر الى الشمس اذا رفع رأسه من الركوع فان كانت قد تجلت سجد واضاف اليها ركعة ثانية وان كانت لم تنجل ركع فى الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر الى الشمس فان كانت تجلت سجد واضاف اليها ثانية وان كانت لم تنجل ركع ثالثة فى الركعة الاولى وهكذا حتى تنجلى وكان اسحاق بن راهويه يقول لايتعدى بذلك اربع ركعات فى ركعة لانه لم يثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال ابو بكر بن المنذر وكان بعض اصحابنا يقول الاختيار فى صلاة الكسوف ثابت والخيار فى ذلك للمصلى ان شاء فى كل ركعة ركوعين وان شاء ثلاثة وان شاء اربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على ان النبى عليه الصلاة والسلام صلى فى كسوفات كثيرة ، قال القاضى هذا الذى ذكره هو الذى خرجه مسلم ولا ادرى كيف قال ابو عمر فيها انها وردت من طرق ضعيفة واما عشر ركعات فى ركعتين فانما اخرجه ابو داود فقط ،

(المسئلة الثانية) واختلفوا فى القراءة فيها فذهب مالك والشافعى الى ان القراءة فيها سر وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن واحمد واسحاق وابن راهويه يجهر بالقراءة فيها * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك ان مفهوم

حديث ابن عباس الثابت انه قرأ سراً لقوله فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياماً نحواً من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فما سمعت منه حرفاً وقد روى ايضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة فى صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فحزرت انه قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال القراءة فيها سر ولمكان ماجاء فى هذه الآثار استحب مالك والشافعى ان يقرأ فى الاولى البقرة وفى الثانية آل عمران وفى الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفى الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفى كل واحدة ام القرآن ورجحوا ايضاً مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : صلاة النهار عجماء ووردت ههنا ايضاً احاديث مخالفة لهذه فمنها انه روى انه عليه الصلاة والسلام : قرأ فى احدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومفهوم هذا انه جهر وكان احمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهرى عن عروة عن عائشة ان النبى عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة فى كسوف الشمس قال ابو عمر سفيان ابن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهرى عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم ليس فى الحديث الزهرى مع ان حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء ايضاً لمذهبهم بالقياس الشبهى فقالوا صلاة سنة تفعل فى جماعة نهاراً فوجب ان يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير فى ذلك كله الطبرى وهى طريقة الجمع وقد قلنا انها اولى من طريقة الترجيح اذا أمكنت ولا خلاف فى هذا أعلمه بين الاصوليين .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلفوا فى الوقت الذى تصلى فيه فقال الشافعى تصلى فى جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى وقال ابو حنيفة لا تصلى فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها واما مالك فروى عنه ابن وهب انه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا فى الوقت الذى تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنتها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فى جنس الصلاة التى لا تصلى فى الاوقات المنهى عنها فمن رأى ان تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى ان تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده فى الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى ايضاً انها من النفل لم يجزها فى اوقات النهى واما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبيهها بصلاة العيد .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا أيضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعى الى ان ذلك من شرطها وذهب مالك وابو حنيفة الى انه لا خطبة فى صلاة الكسوف

والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى العلة التى من اجلها خطب رسول الله الناس لما انصرف من صلاة الكسوف على ما فى حديث عائشة وذلك انها روت انه لما انصرف من الصلاة وقد تجلت الشمس حمد الله واثنى عليه ثم قال : ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعى انه انما خطب لان من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال فى صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك ان خطبة النبى عليه الصلاة والسلام انما كانت يومئذ لان الناس زعموا ان الشمس انما كسفت لموت ابراهيم ابنه عليه السلام

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ واختلفوا فى كسوف القمر فذهب الشافعى الى انه يصلى له فى جماعة وعلى نحو ما يصلى فى كسوف الشمس وبه قال احمد وداود وجماعة وذهب مالك وابو حنيفة الى انه لا يصلى له فى جماعة واستحبوا ان يصلى الناس له افذاذاً ركعتين كسائر الصلوات النافلة * وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت احد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصدقوا خرّجه البخارى ومسلم فمن فهم ههنا من الامر بالصلاة فيهما معنى واحداً وهى الصفة التى فعلها فى كسوف الشمس رأى الصلاة فيها فى جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لانه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه صلى فى كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك اقل ما ينطلق عليه اسم صلاة فى الشرع وهى النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى ان الاصل هو ان يحمل اسم الصلاة فى الشرع اذا ورد الامر بها على اقل ما ينطلق عليه هذا الاسم فى الشرع الا ان يدل الدليل على غير ذلك فلما دل فعله عليه الصلاة والسلام فى كسوف الشمس على غير ذلك بقى المفهوم فى كسوف القمر على اصله والشافعى يجعل فعله فى كسوف الشمس بياناً لمجمل ما امر به من الصلاة فيهما فوجب الوقوف عند ذلك وزعم ابو عمر بن عبد البر انه روى عن ابن عباس وعثمان انهما صليا فى القمر فى جماعة ركعتين فى كل ركعة ركوعان مثل قول الشافعى وقد استحب قوم الصلاة للزلزلة والريح والظلمة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة فى ذلك وهو كونها آية وهو من اقوى اجناس القياس عندهم لانه قياس العلة التى نص عليها لكن لم ير هذا مالك ولا الشافعى ولا جماعة من اهل العلم وقال ابو حنيفة ان صلى للزلزلة فقد احسن والا فلا حرج وروى ابن عباس انه صلى لها مثل صلاة الكسوف.

﴿ الباب السابع فى صلاة الاستسقاء ﴾

أجمع العلماء على ان الخروج الى الاستسقاء والبروز عن المصر والدعاء الى الله تعالى والتضرع اليه فى نزول المطر سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الصلاة فى الاستسقاء فالجمهور على ان ذلك من سنة الخروج الى الاستسقاء الا ابا حنيفة فانه قال ليس من سنة الصلاة * وسبب الخلاف انه ورد فى بعض الآثار انه استسقى وصلى وفى بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن اشهر ما ورد فى انه صلى وبه اخذ الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بالناس يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالقراءة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخارى ومسلم واما الاحاديث التى ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث انس بن مالك خرجه مسلم انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواشى وتقطعت السبل فادع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة الى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازنى وفيه انه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الاثر ان ذلك مروى عن عمر بن الخطاب اعنى انه خرج الى المصلى فاستسقى ولم يصل والحجة للجمهور انه من لم يذكر شيأ فليس هو بحجة على من ذكره والذى يدل عليه اختلاف الآثار فى ذلك ليس عندى فيه شئ اكثر من ان الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء اذ قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لانها ليست من سنته كما ذهب اليه ابو حنيفة واجمع القائلون بان الصلاة من سنته على ان الخطبة ايضاً من سنته لورود ذلك فى الاثر قال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلفوا هل هى قبل الصلاة او بعدها لاختلاف الآثار فى ذلك فرأى قوم انها بعد الصلاة قياساً على صلاة العيدين وبه قال الشافعى ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم : انه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه نأخذ، قال القاضى وقد خرج ذلك ابو داود من طرق، ومن ذكر الخطبة فانما ذكرها فى علمى قبل الصلاة واتفقوا على ان القراءة فيها جهراً * واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر فى العيدين فذهب مالك الى انه يكبر فيها كما يكبر فى سائر الصلوات وذهب الشافعى الى انه يكبر فيها كما يكبر فى العيدين * وسبب الخلاف اختلافهم فى قياسها على صلاة العيدين

وقد احتج الشافعى لمذهبه فى ذلك بما روى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيها ركعتين كما يصلى فى العيدين واتفقوا على ان من سنتها ان يستقبل الامام القبلة واقفاً ويدعو ويحول رداءه رافعاً يديه على ما جاء فى الآثار * واختلفوا فى كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجمهور على انه يجعل ما على يمينه على شماله وما على شماله على يمينه وقال الشافعى بل يجعل اعلاه اسفله وما على يمينه منه على يساره وما على يساره على يمينه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه جاء فى حديث عبد الله بن زيد انه صلى الله عليه وسلم خرج الى المصلى يستسقى فاستقبل القبلة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفى بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل اعلاه اسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء ايضاً فى حديث عبد الله هذا انه قال استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فأراد ان يأخذ باسفلها فيجعله اعلاها فلما ثقلت عليه قلبها على عاتقه، واما متى يفعل الامام ذلك فان مالكا والشافعى قالا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال ابو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك ايضاً عن مالك وكلهم يقولون انه اذا حول الامام رداءه قائماً حول الناس ارديتهم جلوساً لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض اصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون ارديتهم بتحويل الامام لانه لم ينقل ذلك فى صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على ان الخروج لها وقت الخروج الي صلاة العيدين الا ابا بكر بن محمد بن عمر بن حزم فانه قال ان الخروج اليها عند الزوال وروى ابو داود عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب الثامن فى صلاة العيدين ﴾

اجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وانهما بلا أذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما احدث من ذلك معاوية فى اصح الاقاويل قاله ابو عمر وكذلك اجمعوا على ان السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك ايضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما روى عن عثمان بن عفان انه اخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس قبل الخطبة واجمعوا ايضاً على انه لا توقيت فى القراءة فى العيدين واكثرهم استحب ان يقرأ فى الاولى بسبح وفى الثانية بالغاشية لتواتر ذلك عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعى القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام * واختلفوا من ذلك فى مسائل اشهرها اختلافهم فى التكبير وذلك انه حكى فى ذلك ابو بكر بن المنذر نحواً من اثنى عشر قولا الا انا نذكر من ذلك المشهور الذى يستند الى صحابى أو سماع (فنقول) ذهب مالك الى أن التكبير فى الاولى من ركعتى العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال الشافعى فى الاولى ثمانية وفى الثانية ست مع تكبيرة القيام من السجود وقال أبو حنيفة يكبر فى الاولى ثلاثا بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم يكبر راكعا ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم فيها تسع فى كل ركعة وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال النخعى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المنقولة فى ذلك عن الصحابة فذهب مالك رحمه الله الى مارواه عن ابن عمر انه قال شهدت الاضحى والفطر مع ابى هريرة فكبر فى الاولى سبع تكبيرات قبل القراءة وفى الآخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على هذا وبهذا الاثر بعينه أخذ الشافعى الا انه تأول فى السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما ليس فى الخمس تكبيرة القيام ويشبه أن يكون مالك انما أصاره أن يعد تكبيرة الاحرام فى السبع ويعد تكبيرة القيام زائداً على الخمس المروية ان العمل الفاه على ذلك فكانه عنده وجه من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرّج أبو داود معنى حديث أبى هريرة مرفوعاً عن عائشة وعن عمرو بن العاصى وروى أنه سئل ابو موسى الاسعرى وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر فى الاضحى والفطر فقال ابو موسى كان يكبر أربعا على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال ابو موسى كذلك كنت أكبر فى البصرة حين كنت عليهم وقال قوم بهذا واما ابو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتمدوا فى ذلك على ابن مسعود وذلك انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصفة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ باقاويل الصحابة فى هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبى عليه الصلاة والسلام شئ ومعلوم أن فعل الصحابة فى ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس فى ذلك وكذلك اختلفوا فى رفع اليدين عند كل تكبيرة فمنهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعى ومنهم من لم ير الرفع الا فى الاستفتاح فقط ومنهم من خير * واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد أعنى وجوب السنة فقالت طائفة يصليها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعى والحسن البصرى وكذلك قال

الشافعى انه يصليها اهل البوادى ومن لا يجمع حتى المرأة فى بيتها وقال ابو حنيفة واصحابه انما تجب صلاة الجمعة والعيدين على أهل الامصار والمدائن وروى عن على انه قال : لا جمعة ولا تشريق الا فى مصر جامع وروى عن الزهرى انه قال: لا صلاة فطر ولا أضحى على مسافر * والسبب فى هذا الاختلاف اختلافهم فى قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه فيها على مذهبه فى الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الاصل هو ان كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت استثناؤه من الخطاب، قال القاضى قد فرقت السنة بين الحكم للنساء فى العيدين والجمعة وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك فى الجمعة وكذلك اختلفوا فى الموضع الذى يجب منه المجئ اليها كاختلافهم فى صلاة الجمعة من الثلاثة الاميال الى مسيرة اليوم التام واتفقوا على ان وقتها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا فيمن لم يأتهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فقالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد وبه قال مالك والشافعى وابو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة فى غداة ثانى العيد وبه قال الاوزاعى واحمد واسحاق قال ابو بكر بن المنذر وبه نقول لحديث رويناه عن النبى عليه الصلاة والسلام: انه أمرهم ان يفطروا فاذا اصبحوا ان يعودوا الى مصلاهم . قال القاضى خرّجه ابو داود الا انه عن صحابى مجهول ولكن الاصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة واختلفوا اذا اجتمع فى يوم واحد عيد وجمعة هل يجزى العيد عن الجمعة فقال قوم يجزى العيد عن الجمعة وليس عليه فى ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير وعلى وقال قوم هذه رخصة لاهل البوادى الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما روى عن عثمان انه خطب فى يوم عيد وجمعة فقال من أحب من اهل العالية ان ينتظر الجمعة فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك فى الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز وبه قال الشافعى وقال مالك وابو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعاً العيد على انه سنة والجمعة على انها فرض ولا ينوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الاصل الا ان يثبت فى ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلانه رأى ان مثل هذا ليس هو بالرأى وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الاصول كل الخروج واما اسقاط فرض الظهر والجمعة التى هى بدله لمكان صلاة العيد فخارج عن الاصول جداً الا ان يثبت فى ذلك شرع يجب المصير اليه * واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام فقال قوم يصلى أربعاً وبه قال احمد والثورى وهو مروى عن ابن مسعود وقال قوم بل يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويجهر كجهره وبه قال الشافعى

وابو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لايجهر فيهما ولايكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الامام فى المصلى صلى ركعتين وان صلى فى غير المصلى صلى اربع ركعات وقال قوم لاقضاء عليه اصلا وهو قول مالك واصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعى فمن قال اربعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما الامام فمصيراً الى ان الاصل هو ان القضاء يجب ان يكون على صفة الاداء ومن منع القضاء فلانه رأى انها صلاة من شرطها الجماعة والامام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا اربعاً اذ ليست هى بدلا من شئ وهذان القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر اعنى قول الشافعى وقول مالك واما سائر الاقاويل فى ذلك فضعيف لامعنى له لان صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذه ليست بدلا من شئ فكيف يجب ان تقاس احداهما على الاخرى فى القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاته للظهر قضاء بل هى اداء لانه اذا فاته البدل وجبت هى والله الموفق للصواب * واختلفوا فى التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على انه لايتنفل لاقبلها ولابعدها وهو مروى عن على بن ابى طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال احمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب انس وعروة وبه قال الشافعى وفيه قول ثالث وهو ان يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثورى والاوزاعى وابو حنيفة وهو مروى ايضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين ان تكون الصلاة فى المصلى او فى المسجد وهو مشهور مذهب مالك * وسبب اختلافهم انه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر او يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام اذا جاء احدكم المسجد فليركع ركعتين وترددها ايضاً من حيث هى مشروعة بين ان يكون حكمها فى استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة اولايكون ذلك حكمها فمن رأى ان ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها ولم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلى لم يستحب تنفلا لا قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب فى الصلاة قبلها اذا صليت فى المسجد لكون دليل الفعل معارضا فى ذلك القول اعنى انه من حيث هو داخل فى مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلى صلاة العيد يستحب له ان لا يركع تشبهاً بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى ان ذلك من باب الرخصة ورأى ان اسم المسجد ينطلق على المصلى ندب الى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم ان التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لامن باب المندوب ولامن باب المكروه وهو اقل اشتباهاً ان لم يتناول اسم المسجد المصلى

واختلفوا فى وقت التكبير فى عيد الفطر بعد أن اجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى (ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ماهداكم) فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو الى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك واحمد واسحق وابو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر اذا رأوا الهلال حتى يغدو الى المصلى وحتى يخرج الامام وكذلك فى ليلة الاضحى عندهم ان لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس أنكار التكبير جملة الا اذا كبر الامام واتفقوا أيضاً على التكبير فى ادبار الصلوات ايام الحج واختلفوا فى توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة الى العصر من آخر ايام التشريق وبه قال سفيان واحمد وابو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر الى صلاة الصبح من آخر ايام التشريق وهو قول مالك والشافعى وقال الزهرى مضت السنة ان يكبر الامام فى الامصار دبر صلاة الظهر من يوم النحر الى العصر من آخر ايام التشريق وبالجملة فالخلاف فى ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة اقوال * وسبب اختلافهم فى ذلك هو انه نقلت بالعمل ولم ينقل فى ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة فى ذلك اختلف من بعدهم والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله فى ايام معدودات) فهذا الخطاب وان كان المقصود به اولا اهل الحج فان الجمهور رأوا انه يعم اهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وان كان اختلفوا فى التوقيت فى ذلك ولعل التوقيت فى ذلك على التخيير لانهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير دبر الصلوات فى هذه الايام انما هو لمن صلى فى جماعة وكذلك اختلفوا فى صفة التكبير فى هذه الايام فقال مالك والشافعى يكبر ثلاثا الله اكبر الله اكبر الله اكبر وقيل يزيد بعد هذا لااله الاالله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير وروى عن ابن عباس انه يقول الله أكبر كبيراً ثلاث مرات ثم يقول الرابعة ولله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شئ موقت * والسبب فى هذا الاختلاف عدم التحديد فى ذلك فى الشرع مع فهمهم من الشرع فى ذلك التوقيت اعنى فهم الاكثر وهذا هو السبب فى اختلافهم فى توقيت زمان التكبير اعنى فهم التوقيت مع عدم النص فى ذلك واجمعوا على انه يستحب ان يفطر فى عيد الفطر قبل الغدو الى المصلى وان لايفطر يوم الاضحى الا بعد الانصراف من الصلاة وانه يستحب ان يرجع على غير الطريق التى مشى عليها لثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام .

﴿ الباب التاسع فى سجود القرآن ﴾

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى خمسة فصول ، فى حكم السجود ، وفى عدد السجدات التى هى عزائم أعنى التى يسجدلها ، وفى الاوقات التى يسجدلها وعلى من يجب السجود ، وفى صفة السجود ،

فاما حكم سجود التلاوة فان اباحنيفة واصحابه قالوا هو واجب وقال مالك والشافعى هو مسنون وليس بواجب * وسبب الخلاف اختلافهم فى مفهوم الاوامر بالسجود والاخبار التى معناها معنى الاوامر بالسجود مثل قوله تعالى (اذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدا وبكيا) هل هى محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعى اتبعا فى مفهومها الصحابة اذ كانوا هم اقعد بفهم الاوامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان فى الجمعة الثانية وقرأها تهيأ الناس للسجود فقال على رسلكم ان الله لم يكتبها علينا الا أن نشاء قالوا وهذا بمحضر الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم خلاف وهم افهم بمغزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الصحابى اذا لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الشافعى فى ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم نسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه لم يسجد فى المفصل وبما روى انه سجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضى ان لا يكون السجود واجباً وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد واما ابو حنيفة فتمسك فى ذلك بان الاصل هو حمل الاوامر على الوجوب أو الاخبار التى تتنزل منزلة الاوامر وقد قال ابو المعالى ان احتجاج ابى حنيفة بالاوامر الواردة بالسجود فى ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيداً وهو عند القراءة أعنى قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التى فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التى فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولابى حنيفة ان يقول قد اجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة فى السجود عند تلاوة القرآن هى بمعنى الامر وذلك فى أكثر المواضع واذا كان ذلك كذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيداً بالتلاوة اعنى عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد

وليس الامر فى ذلك بالسجود كالامر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بقيود أخر وأيضا فان النبى عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الامر بالسجود الوارد فيها أعنى انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر فى الوجوب عليه

وأما عدد عزائم سجود القرآن فان مالكا قال فى الموطا الامر عندنا ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس فى المفصل منها شئ وقال اصحابه ، أولها خاتمة الاعراف ، وثانيها فى الرعد عند قوله تعالى بالغدو والآصال ، وثالثها فى النحل عند قوله تعالى ويفعلون مايؤمرون ، ورابعها فى بنى اسرائيل عند قوله ويزيدهم خشوعا ، وخامسها فى مريم عند قوله تعالى خروا سجداً وبكيا ، وسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى ان الله يفعل مايشاء ، وسابعها فى الفرقان عند قوله وزادهم نفورا . وثامنها فى النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم ، وتاسعها فى الم تنزيل عند قوله تعالى وهم لايستكبرون وعاشرها فى ص عند قوله تعالى وخر راكعا وأناب ، والحادية عشرة فى حم تنزيل عند قوله تعالى ان كنتم اياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لايسئمون وقال الشافعى أربع عشرة سجدة ثلاث منها فى المفصل فى الانشقاق وفى النجم وفى اقرأ باسم ربك ولم ير فى ص سجدة لانها عنده من باب الشكر وقال احمد هى خمس عشرة سجدة اثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال ابو حنيفة هى اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوى هى كل سجدة جاءت بلفظ الخبر * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى المذاهب التى اعتمدوها فى تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتمد عمل اهل المدينة ومنهم من اعتمد القياس ومنهم من اعتمد السماع اما الذين اعتمدوا العمل فمالك واصحابه واما الذين اعتمدوا القياس فابو حنيفة واصحابه وذلك انهم قالوا وجدنا السجدات التى اجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهى . سجدة الاعراف . والنحل . والرعد والاسراء . ومريم . واول الحج . والفرقان . والنمل والم تنزيل فوجب ان يلحق بها سائر السجدات التى جاءت بصيغة الخبر وهى التى فى ص وفى الانشقاق ويسقط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهى التى فى النجم وفى الثانية من الحج وفى اقرأ باسم ربك

واما الذين اعتمدوا السماع فانهم صاروا الى ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجوده فى الانشقاق وفى اقرأ باسم ربك وفى النجم خرج ذلك مسلم وقال الاثرم سئل احمد كم فى الحج من سجدة قال سجدتان وصحح حديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى الحج سجدتان وهو قول عمر وعلى قال القاضى خرجه ابو داود واما الشافعى فانه

انما صار الى اسقاط سجدة ص لما رواه ابوداود عن ابى سعيد الخدرى ان النبى عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فنزل وسجد فلما كان يوم آخر قراها فتهيأ الناس للسجود فقال انما هى توبة نبى ولكن رأيتكم تشيرون للسجود فنزلت فسجدت وفى هذا ضرب من الحجة لابى حنيفة فى قوله بوجوب السجود لانه علل ترك السجود فى هذه السجدة بعلة انتفت فى غيرها من السجدات فوجب ان يكون حكم التى انتفت عنها العلة بخلاف التى ثبتت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود فى المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه ابو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد فى شئ من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال ابو عمر وهو منكر لان اباهريرة الذى روى سجوده فى المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وقد روى الثقاة عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام فى والنجم

واما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود فى الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وهو مذهب ابى حنيفة على اصله فى منع الصلوات المفروضة فى هذه الاوقات ومنع مالك ايضاً ذلك فى الموطا لانها عنده من النفل والنفل ممنوع فى هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر مالم تصفر الشمس او تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعى وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلى فى هذه الاوقات مالم تدن الشمس من الغروب او الطلوع

واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القارى فى صلاة كان اوفى غير صلاة واختلفوا فى السامع هل عليه سجود ام لا فقال ابو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمراة وقال مالك يسجد السامع بشرطين ، احدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والآخر ان يكون القارئ يسجد وهو مع هذا ممن يصح ان يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القارى ممن لايصلح للامامة اذا جلس اليه

واما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القارئ كبر اذا خفض واذا رفع واختلف قول مالك فى ذلك اذا كان فى غير صلاة واما اذا كان فى الصلاة فانه يكبر قولا واحداً .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله ﴾

﴿ كتاب احكام الميت ﴾

والكلام فى هذا الكتاب وهى حقوق الاموات على الاحياء ينقسم الى ست جمل الجملة الاولى فيما يستحب ان يفعل به عند الاحضار وبعده، الثانية فى غسله، الثالثة فى تكفينه، الرابعة فى حمله واتباعه ، الخامسة فى الصلاة عليه، السادسة فى دفنه .

﴿ الباب الأول ﴾

ويستحب ان يلقن الميت عند الموت شهادة ان لا اله الا الله لقوله عليه الصلاة والسلام ، لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلفوا فى استحباب توجيهه الى القبلة فرأى ذلك قوم ولم يره آخرون وروى عن مالك انه قال فى التوجيه ماهو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه انكر ذلك ولم يروذلك عن احد من الصحابة ولا من التابعين اعنى الامر بالتوجيه فاذا قضى الميت غمض عينه ويستحب تعجيل دفنه لورود الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب فى المذهب تأخير دفنه مخافة أن يكون الماء قد غمره فلم تتبين حياته قال القاضى واذا قيل هذا فى الغريق فهو اولى فى كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم انطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء حتى لقد قال الاطباء ان المسكوتين لاينبغى ان يدفنوا الا بعد ثلاث .

﴿ الباب الثانى فى غسل الميت ﴾

ويتعلق بهذا الباب فصول اربعة ، منها فى حكم الغسل ، ومنها فيمن يجب غسله من الموتى ومن يجوز ان يغسل وما حكم الغاسل، ومنها فى صفة الغسل .

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما حكم الغسل فانه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقولان كلاهما فى المذهب * والسبب فى ذلك انه نقل بالعمل لا بالقول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب اولا تفهمه وقد احتج عبد الوهاب لوجوبه بقوله عليه الصلاة والسلام فى ابنته اغسلنها ثلاثا

اوخمساً وبقوله فى المحرم اغسلوه فمن رأى ان هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الامر به لم يقل بوجوبه ومن رأى انه يتضمن الامر والصفة قال بوجوبه .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل فى معترك حرب الكفار واختلفوا فى غسل الشهيد وفى الصلاة عليه وفى غسل المشرك فاما الشهيد اعنى الذى قتله فى المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون ان ما فعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة اعنى المشقة فى غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبرى وسئل ابو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً يرحمه الله واختلف الذين اتفقوا على ان الشهيد فى حرب المشركين لا يغسل فى الشهداء من قتل اللصوص اوغيرا هل الشرك فقال الاوزاعى واحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله اهل الشرك وقال مالك والشافعى يغسل * وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هى الشهادة مطلقاً او الشهادة على أيدى الكفار فمن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبى عليه الصلاة والسلام انه شهيد ممن قتل ومن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم واما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره الا ان يخاف ضياعه فيواريه وقال الشافعى لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال ابو ثور وابو حنيفة واصحابه قال ابو بكر بن المنذر ليس فى غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة او من باب النظافة فان كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما من يجوز ان يغسل الميت فانهم اتفقوا على ان الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلن النساء واختلفوا فى المرأة تموت مع الرجال او الرجل يموت مع النساء مالم يكونا زوجين على

ثلاثة اقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعى وابو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهى على الامر أو الامر على النهى وذلك ان الغسل مأمور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهى عنه فمن غلب النهى تغليباً مطلقا اعنى لم يقس الميت على الحى فى كون طهارة الترب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ومن غلب الامر على النهى قال يغسل كل واحد منهما صاحبه اعنى غلب الامر على النهى تغليبا مطلقا ومن ذهب الى التيمم فلانه رأى انه لا يلحق الامر والنهى فى ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك ان ييمم الرجل المرأة فى يديها ووجهها فقط لكون ذينك منها ليسا بعورة وان تيمم المرأة الرجل الى المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التى نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هى تعارض الامر والنهى فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التى يجوز معها للحى التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فاما مالك فاختلف قوله فى هذه المسئلة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق فى ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق فى ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له فى ذوى المحارم ثلاثة اقوال ، اشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب ، والثانى انه لا يغسل احدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور فى غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء اعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع ان كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء * وسبب الاباحة انه موضع ضرورة وهم اعذر فى ذلك من الاجنبى * وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء اغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء واجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا فى جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال ابو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل ان ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا ابا حنيفة ان يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحى والميت ولذلك

حلت الآن يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة محضة غير معقولة المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبى حنيفة وكذلك اجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها واختلفوا فى الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال ابن القاسم لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج ان ينظر الى الرجعية اولا ينظر اليها

واما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل وقال قوم لا غسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث ابى هريرة لحديث اسماء وذلك ان ابا هريرة روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: من غسل ميتا فليغتسل ومن حمله فليتوضأ خرجه أبو داود واما حديث اسماء فانها لما غسلت ابا بكر رضى الله عنه خرجت فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت انى صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل علىّ من غسل قالوا لا وحديث اسماء فى هذا صحيح واما حديث ابى هريرة فهو عند أكثر اهل العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث اسماء ليس فيه فى الحقيقة معارضة له فان من انكر الشئ يحتمل ان يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة فى ذلك الشئ وسؤال اسماء والله اعلم يدل على الخلاف فى ذلك فى الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعى رضى الله عنه على عادته فى الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا ان يثبت حديث ابى هريرة .

﴿ الفصل الرابع فى صفة الغسل ﴾

وفى هذا الفصل مسائل ، احداها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل ام يغسل فى قميصه اختلفوا فى ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتستر عورته وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى يغسل فى قميصه * وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام فى قميصه بين ان يكون خاصا به وبين ان يكون سنة فمن رأى انه خاص به وانه لا يحرم من النظر الى الميت الا ما يحرم منه وهو حى قال يغسل عريانا الا عورته فقط التى يحرم النظر اليها فى حال الحياة ومن رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع او الى الامر الالهى لانه روى فى الحديث انهم سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد القى عليهم النوم قال الافضل ان يغسل الميت فى قميصه .

(المسئلة الثانية) قال ابو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعى يوضأ وقال مالك ان وضئ

فحسن * وسبب الخلاف فى ذلك معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى الا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا اسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد فى الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث ام عطية الثابت ان الوضوء شرط فى غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب ان تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المقيد يقضى على المطلق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبه ايضا ان يكون من اسباب الخلاف فى ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه وردت آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فهؤلاء رجحوا الاطلاق على التقييد لمعارضة القياس له فى هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطلق على المقيد .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا فى التوقيت فى الغسل فمنهم من اوجبه ومنهم من استحسنه واستحبه والذين اوجبوا التوقيت منهم من اوجب الوتر أىّ وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من اوجب الثلاثة فقط وهو ابو حنيفة ومنهم من حد أقل الوتر فى ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ومنهم من حد الاكثر فى ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو احمد بن حنبل وممن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حداً مالك بن أنس واصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للاثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا او خمساً او أكثر من ذلك ان رأيتن وفى بعض رواياته او سبعاً واما قياس الميت على الحى فى الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس فى طهارة الحى توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الاثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب

واما الذين اختلفوا فى التوقيت * فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات فى ذلك عن أم عطية فأما الشافعى فانه رأى ان لا ينقص عن ثلاثة لانه أقل وتر نطق به فى حديث ام عطية ورأى ان ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام: أو أكثر من ذلك ان رأيتن واما احمد فأخذ بأكثر وتر نطق به فى بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: او سبعاً

واما ابو حنيفة فصار فى قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وايضاً فان الوتر

الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب ان يغسل فى الاولى بالماء القراح وفى الثانية بالسدر والماء وفى الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه حدث هل يعاد غسله ام لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا فى العدد الذى تجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال الشافعى وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعاً واجمعوا على انه لا يزاد على السبع شئ واختلفوا فى تقليم أظفار الميت والاخذ من شعره فقال قوم تقلم اظفاره ويؤخذ منه وقال قوم لا تقلم اظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر * واما سبب الخلاف فى ذلك الخلاف الواقع فى ذلك فى الصدر الاول ويشبه ان يكون سبب الخلاف فى ذلك قياس الميت على الحى فمن قاسه اوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى باتفاق وكذلك اختلفوا فى عصر بطنه قبل ان يغسل فمنهم من رأى ذلك. ومنهم من لم يره فمن رآه رأى ان فيه ضربا من الاستنقاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو من الحى ومن لم ير ذلك رأى انه من باب تكليف مالم يشرع وان الحى فى ذلك بخلاف الميت .

﴿ الباب الثالث فى الاكفان ﴾

والاصل فى هذا الباب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن فى ثلاثة أثواب بيض سحولية ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج ابو داود عن ليلى بنت قائف الثقفية قالت كنت فيمن غسل ام كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان اول من اعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقو ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ثم أدرجت بعد فى الثوب الآخر قالت ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكفانها يناولنا ها ثوبا ثوبا فمن العلماء من اخذ بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن الرجل فى ثلاثة أثواب والمرأة فى خمسة اثواب وبه قال الشافعى واحمد وجماعة وقال ابو حنيفة اقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة ثواب والسنة خمسة اثواب واقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان والسنة فيه ثلاثة اثواب ورأى مالك انه لا حد فى ذلك وانه يجزى ثوب واحد فيهما الا انه يستحب الوتر * وسبب اختلافهم فى التوقيت اختلافهم فى مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الاباحة لم يقل بتوقيت الا انه استحب الوتر لا تفاقهما فى الوتر ولم يفرق فى ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الاباحة الا فى التوقيت فانه فهم منه شرعا لمناسبته للشرع ومن فهم من العدد انه شرع لا اباحة قال بالتوقيت اما على

جهة الوجوب واما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم احد بنمرة فكانوا اذا غطوا بها رأسه خرجت رجلاه واذا غطوا بها رجليه خرج رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بها رأسه واجعلوا على رجليه من الاذخر واتفقوا على ان الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذا مات فى احرامه فانهم اختلفوا فيه فقال مالك وابو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعى لا يغطى رأس المحرم اذا مات ولا يمس طيباً * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبى صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه فى ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقربوه طيباً فانه يبعث يوم القيامة يلبى

واما العموم فهو ما ورد من الامر بالغسل مطلقاً فمن خص من الاموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء بقتلى احد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكما على الجميع وقال لا يغطى رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابى خاص به لا يعدى الى غيره .

﴿ الباب الرابع فى صفة المشى مع الجنازة ﴾

واختلفوا فى سنة المشى مع الجنازة فذهب اهل المدينة الى ان من سنتها المشى امامها وقال الكوفيون ابو حنيفة واصحابه وسائرهم ان المشى خلفها افضل * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار التى روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام مرسلا المشى امام الجنازة وعن ابى بكر وعمر وبه قال الشافعى واخذ اهل الكوفة بما رووا عن على بن ابى طالب من طريق عبد الرحمن بن ابزى قال كنت امشى مع علىّ فى جنازة وهو آخذ بيدى وهو يمشى خلفها وابو بكر وعمر يمشيان امامها فقلت له فى ذلك فقال ان فضل الماشى خلفها على الماشى امامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وانهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضى الله عنه انه قال قدمها بين يديك واجعلها نصب عينيك فانما هى موعظة وتذكرة وعبرة وبما روى ايضاً عن ابن مسعود انه كان يقول سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبة عن النبى

صلى الله عليه وسلم قال: الراكب يمشى أمام الجنازة والماشى خلفها وامامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث ابى هريرة ايضاً فى هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الاحاديث صار اليها الكوفيون وهى احاديث يصححونها ويضعفها غيرهم واكثر العلماء على ان القيام الى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث على بن ابى طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم فى الجنائز ثم جلس وذهب قوم الى وجوب القيام وتمسكوا فى ذلك بما روى من امره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اذا رأيتم الجنائز فقوموا اليها حتى تخلفكم اوتوضع واختلف الذين رأوا ان القيام منسوخ فى القيام على القبر فى وقت الدفن فبعضهم رأى انه لم يدخل تحت النهى وبعضهم رأى انه داخل تحت النهى على ظاهر اللفظ ومن اخرجه من ذلك احتج بفعل علىّ فى ذلك وذلك انه روى النسخ وقام على قبر ابن المكنف فقيل له الا تجلس ياامير المؤمنين فقال قليل لاخيناقيا منا على قبره .

﴿ الباب الخامس فى صلاة الجنازة ﴾

وهذه الجملة يتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول، احدها فى صفة صلاة الجنازة . والثانى على من يصلى ومن اولى بالصلاة ، والثالث فى وقت هذه الصلاة ، والرابع فى موضع هذه الصلاة ، والخامس فى شروط هذه الصلاة .

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما صفة الصلاة فانها يتعلق بها مسائل .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى عدد التكبير فى الصدر الاول اختلافا كثيراً من ثلاث الى سبع اعنى الصحابة رضى الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على ان التكبير فى الجنازة اربع الا ابن ابى ليلى وجابر بن زيد فانهما كانا يقولان انها خمس * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه روى من حديث ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نعى النجاشى فى اليوم الذى مات فيه وخرج بهم الى المصلى فصف بهم وكبر اربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك اخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء فى هذا المعنى ايضاً من انه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فكبر عليها اربعاً وروى مسلم ايضاً عن عبد الرحمن بن ابى ليلى قال كان زيد بن ارقم يكبر على الجنائز اربعاً

وانه كبر على جنازة خمساً فسألناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى عن ابى خيثمة عن ابيه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز اربعاً وخمساً وستاً وسبعاً وثمانياً حتى مات النجاشى فصف الناس وراءه وكبر اربعا ثم ثبت صلى الله عليه وسلم على اربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لا محة للجمهور واجمع العلماء على رفع اليدين فى اول التكبير على الجنازة واختلفوا فى سائر التكبير فقال قوم يرفع وقال قوم لا يرفع وروى الترمذى عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر فى جنازة فرفع يديه فى اول التكبير ووضع يده اليمنى على اليسرى فمن ذهب الى ظاهر هذا الاثر وكان مذهبه فى الصلاة انه لا يرفع الا فى اول التكبير قال الرفع فى اول التكبير ومن قال يرفع فى كل تكبير شبه التكبير الثانى بالاول لانه كله يفعل فى حال القيام والاستواء .

(المسئلة الثانية) اختلف الناس فى القراءة فى صلاة الجنازة فقال مالك وابو حنيفة ليس فيها قراءة انما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به فى بلدنا بحال قال وانما يحمد الله ويثنى عليه بعد التكبيرة الاولى ثم يكبر الثانية فيصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعى يقرأ بعد التكبيرة الاولى بفاتحة الكتاب ثم يفعل فى سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال احمد وداود * وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر وهل يتناول ايضا اسم الصلاة صلاة الجنائز ام لا اما العمل فهو الذى حكاه مالك عن بلده واما الاثر فما رواه البخارى عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال لتعلموا انها السنة فمن ذهب الى ترجيح هذا الاثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا صلاة الا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن ان يحتج لمذهب مالك بظواهر الآثار التى نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل فيها انه قرأ وعلى هذا فتكون تلك الآثار كانها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوى عن ابن شهاب عن ابى امامة بن سهل بن حنيف قال وكان من كبراء الصحابة وعلمائهم وابناء الذين شهدوا بدراً ان رجلا من اصحاب النبى عليه الصلاة والسلام أخبره ان السنة فى الصلاة على الجنائز ان يكبر الامام ثم يقرأ فاتحة الكتاب سرا فى نفسه ثم يخلص الدعاء فى التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذى أخبر به ابو امامة من ذلك لمحمد بن سويد الفهرى فقال وانا سمعت الضحاك بن قيس يحدث

عن حبيب بن مسلمة فى الصلاة على الجنائز بمثل ماحدثك به ابو امامة .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى التسليم من الجنازة هل هو واحد او اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة وابو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزنى من اصحاب الشافعى وهو احد قولى الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم فى التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المفروضة فمن كانت عنده التسليمة واحدة فى الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنازة عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين فى الصلاة المفروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فهذه سنة وان كانت فرضا فهذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجهر فيها اولا يجهر بالسلام .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا اين يقوم الامام من الجنازة فقال جملة من العلماء يقوم فى وسطها ذكراً كان أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الانثى وسطها ومن الذكر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكر والانثى عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول ابى حنيفة وليس عند مالك والشافعى فى ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه خرج البخارى ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهى نفساء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع انس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فقالوا يا ابا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى على الجنائز كبر اربعا وقام على جنازة المرأة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه قال نعم فاختلف الناس فى المفهوم من هذه الافعال فمنهم من رأى ان قيامه عليه الصلاة والسلام فى هذه المواضع المختلفة يدل على الاباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى ان قيامه على احد هذه الاوضاع انه شرع وانه يدل على التحديد وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من اخذ بحديث سمرة بن جندب للاتفاق على صحته فقال المرأة فى ذلك والرجل سواء لان الاصل ان حكمهما واحد الا ان يثبت فى ذلك فارق شرعى ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض اصلا واما مذهب ابن القاسم وابى حنيفة فلا اعلم له من جهة السمع فى ذلك مستنداً الا ماروى عن ابن مسعود من ذلك

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة

فقال الاكثر يجعل الرجال ممايلى الامام والنساء ممايلى القبلة وقال قوم بخلاف هذا أى النساء ممايلى الامام والرجال ومما يلى القبلة وفيه قول ثالث انه يصلى على كل على حدة الرجال مفردون والنساء مفردات * وسبب الخلاف مايغلب على الظن باعتبار احوال الشرع من انه يجب ان يكون فى ذلك شرع محدود مع انه لم يرد فى ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى كثير من الناس انه ليس فى امثال هذه المواضع شرع اصلا وانه لو كان فيها شرع لبين للناس وانما ذهب الاكثر لما قلنا من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك فى الموطأ من ان عثمان ابن عفان وعبد الله بن عمر واباهريرة كانوا يصلون على الجنائز بالمدينة الرجال والنساء معا فيجعلون الرجال ممايلى الامام ويجعلون النساء ممايلى القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وابو هريرة وابو سعيد الخدرى وابو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصى فسألهم عن ذلك او امر من سألهم فقالوا هى السنة وهذا يدخل فى المسند عندهم ويشبه ان يكون من قال بتقديم الرجال شبههم امام الامام بحالهم خلف الامام فى الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام اخروهن حيث اخرهن الله واما من قال بتقديم النساء على الرجال فيشبه ان يكون اعتقد ان الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم بالقرب من الامام واما من فرق فاحتياطا من ان لا يجوز ممنوعا لانه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتمل ان يكون على اصل الاباحة ويحتمل ان يكون ممنوعا بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف اذا وجد اليه سبيلا

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الذى يفوته بعض التكبير على الجنازة فى مواضع منها هل يدخل بتكبير ام لا ومنها هل يقضى مافاته ام لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير ام لا فروى اشهب عن مالك انه يكبر اول دخوله وهو احد قولى الشافعى وقال ابو حنيفة ينتظر حتى يكبر الامام وحينئذ يكبر وهى رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل فى المفروضة واتفق مالك وابو حنيفة والشافعى على انه يقضى مافاته من التكبير الا ان ابا حنيفة يرى ان يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعى يريان ان يقضيه نسقاً وانما اتفقوا على القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : ماادركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى ان هذا العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير و مافاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك اذ كان غير موقت قال يقضى التكبير فقط اذ كان هو الموقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك

العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة اخذ بالعموم وهؤلاء بالخصوص .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ واختلفوا فى الصلاة على القبر لمن فاتته الصلاة على الجنازة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال ابو حنيفة لا يصلى على القبر الا الولى فقط اذا فاتته الصلاة على الجنازة وكان الذى صلى عليها غير وليها وقال الشافعى واحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنازة واتفق القائلون باجازة الصلاة على القبر ان من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا فى هذه المدة واكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للاثر اما مخالفة العمل فان ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه صلى على قبر امراة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من اصحاب الحديث قال احمد بن حنبل رويت الصلاة على القبر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها حسان وزاد بعض المحدثين ثلاثة طرق فذلك تسع واما البخارى ومسلم فرويا ذلك من طريق ابى هريرة واما مالك فخرجه مرسلا عن ابى امامة بن سهل وقد روى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى واما ابو حنيفة فانه جرى فى ذلك على عادته فيما احسب اعنى من رد اخبار الآحاد التى تعم بها البلوى اذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك ان عدم الانتشار اذا كان خبرا شانه الانتشار قرينة توهن الخبر وتخرجه عن غلبة الظن بصدقه الى الشك فيه اوالى غلبة الظن بكذبه او نسخه (قال القاضى) وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا فى وجه الاستدلال بالعمل وفى هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انها من جنس واحد .

﴿ الفصل الثانى فيمن يصلى عليه ومن اولى بالتقديم ﴾

واجمع اكثر اهل العلم على اجازة الصلاة على كل من قال لا اله الا الله وفى ذلك اثر انه قال عليه الصلاة والسلام: صلوا على من قال لا اله الا الله وسواء كان من اهل الكبائر او من اهل البدع الا ان مالكا كره لاهل الفضل الصلاة على اهل البدع ولم ير أن يصلى الامام على من قتله حداً * واختلفوا فيمن قتل نفسه فراى قوم انه لا يصلى عليه واجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يجز الصلاة على اهل الكبائر ولا على أهل البغى والبدع * والسبب فى اختلافهم فى الصلاة اما فى اهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم اذ كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول

لا تأويل اقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وانما اجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على احد منهم مات ابدا ولا تقم على قبره) الآية واما اختلافهم فى اهل الكبائر فليس يمكن ان يكون له سبب الا من جهة اختلافهم فى القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب اهل السنة فلذلك ليس ينبغى ان يمنع الفقهاء الصلاة على اهل الكبائر

واما كراهية مالك الصلاة على اهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وانما لم ير مالك صلاة الامام على من قتله حداً لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه ابو داود وانما اختلفوا فى الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ابى ان يصلى على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الاثر قال لا يصلى على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى ان حكمه حكم المسلمين وان كان من اهل النار كما ورد به الاثر لكن ليس هو من المخلدين لكونه من اهل الايمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : اخرجوا من النار من فى قلبه مثقال حبة من الايمان واختلفوا ايضاً فى الصلاة على الشهداء المقتولين فى المعركة فقال مالك والشافعى لا يصلى على الشهيد المقتول فى المعركة ولا يغسل وقال ابو حنيفة يصلى عليه ولا يغسل * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار الواردة فى ذلك وذلك انه خرج ابو داود من طريق جابر انه صلى الله عليه وسلم امر بشهداء احد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى من طريق ابن عباس مسنداً انه عليه الصلاة والسلام صلى على قتلى احد وعلى حمزة ولم يغسل ولم ييمم وروى ايضاً ذلك مرسلا من حديث ابى مالك الغفارى وكذلك روى ايضاً ان اعرابيا جاءه سهم فوقع فى حلقه فمات فصلى النبى صلى الله عليه وسلم وقال ان هذا عبدك خرج مجاهد فى سبيلك فقتل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الاحاديث التى اخذ بها وكانت الشافعية تعتل بحديث ابن عباس هذا وتقول يرويه ابن ابى الزناد وكان قد اختل آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه .

واما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلفوا متى يصلى على الطفل فقال مالك لا يصلى على الطفل حتى يستهل صارخا وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة يصلى عليه اذا نفخ فيه الروح وذلك انه اذا كان له فى بطن امه أربعة اشهر فاكثر وبه قال ابن ابى ليلى وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه روى الترمذى عن جابر بن

عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : الطفل لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبة انه قال الطفل يصلى عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا مفسر فالواجب ان يحمل ذلك العموم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة ان الطفل يصلى عليه اذا استهل صارخا ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم ان المعتبر فى الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حىّ وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حىّ اذا مات صلى عليه فرجحوا هذا العموم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذ وقال لا يصلى على الاطفال اصلا وروى ابو داود ان النبي عليه الصلاة والسلام لم يصل على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية اشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلفوا فى الصلاة على الاطفال المسبيين فذهب مالك فى رواية البصريين عنه ان الطفل من اولاد الحربيين لا يصلى عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبى مع ابويه اولم يسب معهما وان حكمه حكم ابويه الا ان يسلم الاب فهو تابع له دون الام ووافقه الشافعى على هذا الا انه ان اسلم احد ابويه فهو عنده تابع لمن اسلم منهما لا للاب وحده على ما ذهب اليه مالك وقال ابو حنيفة يصلى على الاطفال المسبيين وحكمهم حكم من سباهم وقال الاوزاعى اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعنى اذا بيعوا فى السبى قال وبهذا جرى العمل فى الثغر وبه الفتيا فيه واجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا اسلم احد ابويهم ان حكمهم حكم آبائهم * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى اطفال المشركين هل هم من اهل الجنة او من اهل النار وذلك انه جاء فى بعض الآثار انهم من آبائهم اى ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين

واما من اولى بالتقديم للصلاة على الجنازة فقيل الولى وقيل الوالى فمن قال الوالى شبهه بصلاة الجمعة من حيث هى صلاة جماعة ومن قال الولى شبهها بسائر الحقوق التى الولى بها احق مثل مواراته ودفنه وأكثر اهل العلم على ان الوالى بها احق قال ابو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن على سعيد بن العاصى وهو والى المدينة ليصلى على الحسن بن على وقال لولا انها سنة ماتقدمت قال ابو بكر وبه اقول * وأكثر العلماء على انه لا يصلى الا على الحاضر وقال بعضهم يصلى على الغائب لحديث النجاشى والجمهور على ان ذلك خاص بالنجاشى وحده . واختلفوا هل يصلى على بعض الجسد والجمهور على انه يصلى على أكثره لتناول اسم الميت له

ومن قال انه يصلى على اقله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لاسيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يجيز الصلاة على الغائب .

﴿ الفصل الثالث فى وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا فى الوقت الذى تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها فى الاوقات الثلاثة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وهى وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عقبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا ان نصلى فيها وان نقبر موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى فى الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد العصر مالم تصفر الشمس وبعد الصبح مالم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة فى الاوقات الخمسة التى ورد النهى عن الصلاة فيها وبه قال عطاء والنخعى وغيرهم وهو قياس قول ابى حنيفة وقال الشافعى يصلى على الجنازة فى كل وقت لان النهى عنده انما هو خارج على النوافل لا على السنن على ماتقدم

﴿ الفصل الرابع فى مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا فى الصلاة على الجنازة فى المسجد فاجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم ابو حنيفة وبعض اصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس فى المسجد * وسبب الخلاف فى ذلك حديث عائشة وحديث ابى هريرة أما حديث عائشة فما رواه مالك من انها امرت ان يمر عليها بسعد بن ابى وقاص فى المسجد حين مات لتدعو له فانكر الناس عليها ذلك فقالت عائشة ما اسرع ما نسى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهيل بن بيضاء الا فى المسجد واما حديث ابى هريرة فهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صلى على جنازة فى المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث ابى هريرة غير ثابت اوغير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك بروزه صلى الله عليه وسلم للمصلى لصلاته على النجاشى وقد زعم بعضهم ان سبب المنع فى ذلك هو ان ميت بنى آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعى ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز فى المقابر للنهى الوارد عن الصلاة فيها واجازها الاكثر لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لى الارض مسجدا وطهورا

﴿ الفصل الخامس فى شروط الصلاة على الجنازة ﴾

واتفق الاكثر على ان من شرطها الطهارة كما اتفق جميعهم على ان من شرطها القبلة واختلفوا فى جواز التيمم لها اذا خيف فواتها فقال قوم يتيمم ويصلى لها اذا خاف الفوات وبه قال ابو حنيفة وسفيان والاوزاعى وجماعة وقال مالك والشافعى واحمد لا يصلى عليها بتيمم * وسبب اختلافهم قياسها فى ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بها اجاز التيمم اعنى من شبه ذهاب الوقت بفوات الصلاة على الجنازة ومن لم يشبهها بها لم يجز التيمم لانها عنده من فروض الكفاية أو من سنن الكفاية على اختلافهم فى ذلك وشذ قوم فقالوا يجوز ان يصلى على الجنازة بغير طهارة وهو قول الشعبى وهؤلاء ظنوا ان اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وانما يتناولها اسم الدعاء اذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

﴿ الباب السادس فى الدفن ﴾

واجمعوا على وجوب الدفن والاصل فيه قوله تعالى (ألم نجعل الارض كفاتا احياء وامواتا) وقوله (فبعث الله غرابا يبحث فى الارض) وكره مالك والشافعى تجصيص القبور وأجاز ذلك ابو حنيفة وكذلك كره قوم القعود عليها وقوم اجازوا ذلك وتأولوا النهى عن ذلك انه القعود عليها لحاجة الانسان والآثار الواردة فى النهى عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تجصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رآنى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال: انزل عن القبر لا تؤذى صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من اجاز القعود على القبر بما روى عن زيد بن ثابت انه قال انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لحدث غائط او بول قالوا ويؤيد ذلك ما روى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من جلس على قبر يبول اليه او يتغوط فكانما جلس على جمرة نار والى هذا ذهب مالك وابو حنيفة والشافعى

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما

﴿ كتاب الصيام ﴾

وهذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين، احدهما فى الصوم الواجب، والآخر فى المندوب اليه والنظر فى الصوم الواجب ينقسم الى قسمين، احدهما فى الصوم والآخر فى الفطر، اما القسم الاول وهو الصيام فانه ينقسم اولا الى جملتين ، احداهما معرفة انواع الصيام الواجب ، والآخر معرفة اركانه

واما القسم الذى يتضمن النظر فى الفطر فانه ينقسم الى معرفة المفطرات والى معرفة المفطرين واحكامهم فلنبدأ بالقسم الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة انواع الصيام

فنقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة اقسام ، منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه ، ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذى يتضمن هذا الكتاب القول فيه من انواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط واما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر فاما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع

فاما الكتاب فقوله تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) واما السنة فى قوله عليه الصلاة والسلام : بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابى : وصيام شهر رمضان قال هل علىّ غيرها قال: لا الا ان تطوع

واما الاجماع فانه لم ينقل الينا خلاف عن احد من الائمة فى ذلك

واما على من يجب وجوبا غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) .

(الجملة الثانية فى الاركان) والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والامساك عن المفطرات، والثالث مختلف فيه وهو النية فاما الركن الاول الذى هو الزمان فانه ينقسم الى

قسمين ، احدهما زمان الوجوب وهو شهر رمضان ، والآخر زمان الامساك عن المفطرات وهو ايام هذا الشهر دون الليالى ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فلنبدأ بما يتعلق من ذلك بزمان الوجوب واوّل ذلك فى تحديد طرفى هذا الزمان وثانياً فى معرفة الطريق التى بها يتوصل الى معرفة العلامة المحدودة له فى حق شخص شخص وأفق أفق

فاماطرفا هذا الزمان فان العلماء اجمعوا على ان الشهر العربى يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى ان الاعتبار فى تحديد شهر رمضان انما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام: صوموا لرؤية وافطروا لرؤية وعنى بالرؤبة اوّل ظهور القمر بعد السواد واختلفوا فى الحكم اذا غم الشهر ولم تمكن الرؤية وفى وقت الرؤية المعتبر فأما اختلافهم اذا غم الهلال فان الجمهور يرون ان الحكم فى ذلك ان تكمل العدة ثلاثين فان كان الذى غم هلال اوّل الشهر عدّ الشهر الذى قبله ثلاثين يوما وكان اول رمضان الحادى والثلاثين وان كان الذى غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوما وذهب ابن عمر الى انه ان كان المغمى عليه هلال اول الشهر صيم اليوم الثانى وهو الذى يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف انه اذا اغمى الهلال رجع الى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعى انه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنازل القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال ان الهلال مرئى وقد غم فان له ان يعتقد الصوم ويجزيه * وسبب اختلافهم الاجمال الذى فى قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤية وافطروا لرؤية فان غم عليكم فاقدروا له فذهب الجمهور الى ان تأويله اكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى ان معنى التقدير له عده بالحساب ومنهم من رأى ان معنى ذلك ان يصبح المرء صائما وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد فى اللفظ وانما صار الجمهور الى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت انه قال عليه الصلاة والسلام : فان غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب ان يحمل المجمل على المفسر وهى طريقة لا خلاف فيها بين الاصوليين فانه ليس عندهم بين المجمل والمفسر تعارض اصلا فمذهب الجمهور فى هذا لائح والله اعلم واما اختلافهم فى اعتبار وقت الرؤية فانهم اتفقوا على انه اذا رؤى من العشىّ ان الشهر من اليوم الثانى واختلفوا اذا رؤى فى سائر اوقات النهار اعنى اول ما رؤى فذهب الجمهور ان القمر فى اول وقت رؤى من النهار انه لليوم المستقبل كحكم رؤيته بالعشى وبهذا القول قال مالك والشافعى وابو حنيفة وجمهور اصحابهم وقال ابو يوسف من اصحاب ابى

حنيفة والثورى وابن حبيب من اصحاب مالك اذا رؤى الهلال قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان رؤى بعد الزوال فهو للآتية وسبب اختلافهم ترك اعتبار التجربة فيما سبيله التجربة والرجوع الى الاخبار فى ذلك وليس فى ذلك اثر عن النبى عليه الصلاة والسلام يرجع اليه لكن روى عن عمر رضى الله عنه اثران ، احدهما عام والآخر مفسر فذهب قوم الى العام وذهب قوم الى المفسر فاما العام فهو ما رواه الاعمش عن ابى وائل شقيق بن سلمة قال اتانا كتاب عمر ونحن بخانقين ان الاهلة بعضها اكبر من بعض فاذا رأيتم الهلال نهاراً فلا تفطروا حتى يشهد رجلان انهما رأياه بالامس واما الخاص فما روى الثورى عنه انه بلغ عمر بن الخطاب ان قوما رأوا الهلال بعد الزوال فأفطروا فكتب اليهم يلومهم وقال : اذا رأيتم الهلال نهارا قبل الزوال فافطروا واذا رأيتموه بعد الزوال فلا تفطروا (قال القاضى) الذى يقتضى القياس والتجربة ان القمر لا يرى والشمس بعد لم تغب الا وهو بعيد منها لانه حينئذ يكون اكبر من قوس الرؤية وان كان يختلف فى الكبر والصغر فبعيد والله اعلم ان يبلغ من الكبر ان يرى والشمس بعد لم تغب ولكن المعتمد فى ذلك التجربة كما قلنا ولا فرق فى ذلك قبل الزوال ولا بعده وانما المعتبر فى ذلك مغيب الشمس اولا مغيبها * واما اختلافهم فى حصول العلم بالرؤية فان له طريقين احدهما الحس والآخر الخبر فاما طريق الحس فان العلماء اجمعوا على ان من ابصر هلال الصوم وحده ان عليه ان يصوم الا عطاء بن ابى رباح فانه قال لا يصوم الا برؤية غيره معه واختلفوا هل يفطر برؤيته وحده فذهب مالك وابو حنيفة واحمد الى انه لا يفطر وقال الشافعى يفطر وبه قال ابو ثور وهذا لا معنى له فان النبى عليه الصلاة والسلام قد اوجب الصوم والفطر للرؤية والرؤية انما تكون بالحس ولولا الاجماع على الصيام بالخبر عن الرؤية لبعد وجوب الصيام بالخبر لظاهر هذا الحديث وانما فرق من فرق بين هلال الصوم والفطر لمكان سد الذريعة ان لا يدعى الفساق انهم رأوا الهلال فيفطرون وهم بعد لم يروه ولذلك قال الشافعى ان خاف التهمة أمسك عن الاكل والشرب واعتقد الفطر وشذ مالك فقال من افطر وقد رأى الهلال وحده فعليه القضاء والكفارة وقال ابو حنيفة عليه القضاء فقط

واما طريق الخبر فانهم اختلفوا فى عدد المخبرين الذين يجب قبول خبرهم عن الرؤية وفى صفتهم فاما مالك فقال انه لا يجوز ان يصام ولا يفطر باقل من شهادة رجلين عدلين وقال الشافعى فى رواية المزنى انه يصام بشهادة رجل واحد على الرؤية ولا يفطر

باقل من شهادة رجلين وقال ابو حنيفة ان كانت السماء مغيمة قبل واحد وان كانت صاحية بمصر كبير لم تقبل الاشهادة الجم الغفير وروى عنه انه تقبل شهادة عدلين اذا كانت السماء مصحية وقد روى عن مالك انه لاتقبل شهادة الشاهدين الا اذا كانت السماء مغيمة واجمعوا على انه لايقبل فى الفطر الا اثنان الا ابا ثور فانه لم يفرق فى ذلك بين الصوم والفطر كما فرق الشافعى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وتردد الخبر فى ذلك بين ان يكون من باب الشهادة او من باب العمل بالاحاديث التى لايشترط فيها العدد اما الآثار فمن ذلك ماخرجه ابو داود عن عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب انه خطب الناس فى اليوم الذى يشك فيه فقال انى جالست اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وساءلتهم وكلهم حدثونى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فان غم عليكم فاتموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وافطروا ومنها حديث ابن عباس انه قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ابصرت الهلال الليلة فقال : اتشهد ان لا اله الا الله وان محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يابلال : اذن فى الناس فليصوموا غداً خرجه الترمذى قال وفى اسناده خلاف لانه رواه جماعة مرسلا ومنها حديث ربعى بن خراش خرجه ابو داود عن ربعى بن خراش عن رجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اختلف الناس فى آخر يوم من رمضان فقام اعرابيان فشهدا عند النبى صلى الله عليه وسلم لاهل الهلال امس عشية فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس ان يفطروا وان يغدوا الى المصلى فذهب الناس فى هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعى جمع بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش على ظاهرهما فاوجب الصوم بشهادة واحد والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبدالرحمن بن زيد لمكان القياس اعنى تشبيه ذلك بالشهادة فى الحقوق ويشبه ان يكون ابو ثور لم ير تعارضاً بين حديث ابن عباس وحديث ربعى بن خراش وذلك ان الذى فى حديث ربعى بن خراش انه قضى بشهادة اثنين وفى حديث ابن عباس انه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الامرين جميعاً لا ان ذلك تعارض ولا ان القضاء الاول مختص بالصوم والثانى بالفطر فان القول بهذا انما ينبنى على توهم التعارض وكذلك يشبه الا يكون تعارض بين حديث عبدالرحمن بن زيد وبين حديث ابن عباس الا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى ان قول ابى ثور على شذوذه هو ابين مع ان تشبيه الرائى بالراوى هو امثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة انما

أن يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معللة فلا يجوز ان يقيس عليها واما ان يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذى فى الحقوق والشبهة التى تعرض من قبل قول احد الخصمين فاشترط فيها العدد وليكون الظن اغلب والميل الى حجة احد الخصمين اقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لئلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس فى رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه ان يكون الشافعى انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التى تعرض للناس فى هلال الفطر ولا تعرض فى هلال الصوم ومذهب ابى بكر ابن المنذر هو مذهب ابى ثور واحسبه هو مذهب اهل الظاهر وقد احتج ابو بكر بن المنذر لهذا الحديث بانعقاد الاجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب ان يكون الامر كذلك فى دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذا قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر فى حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد اعنى هل يجب على اهل بلد ما اذا لم يروه أن يأخذوا فى ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند اهل بلد أن اهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذى افطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعى واحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لاتلزم بالخبر عند غير اهل البلد الذى وقعت فيه الرؤية الا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من اصحاب مالك واجمعوا انه لايراعى ذلك فى البلاد النائية كالاندلس والحجاز * والسبب فى هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر

أما النظر فهو ان البلاد اذا لم تختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها فى قياس الافق الواحد وأما اذا اختلفت اختلافا كثيرا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الاثر فما رواه مسلم عن كريب ان ام الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل علىّ رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة فى آخر الشهر فسألنى عبدالله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما او نراه فقلت الا تكتفى برؤية معاوية فقال لا هكذا امرنا النبى عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضى ان لكل بلد رؤيته قرب او بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد النائية والقريبة وبخاصة ما كان

نأيه العرض كثيراً واذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذه هى المسائل التى تتعلق بزمان الوجوب

وأما التى تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) واختلفوا فى اوله فقال الجمهور هو طلوع الفجر الثانى المستطير الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعنى حده بالمستطير ولظاهر قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) الآية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذى يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروى عن حذيفة وابن مسعود * وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الآثار فى ذلك واشتراك اسم الفجر اعنى انه يقال على الابيض والاحمر واما الآثار التى احتجوا بها فمنها حديث ذر عن حذيفة قال تسحرت مع النبى صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن اقول هو النهار الا أن الشمس لم تطلع وخرج ابوداود عن قيس بن طلق عن ابيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم الساطع المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال ابوداود هذا ما تفرد به اهل اليمامة وهذا شذوذ فان قوله تعالى (حتى يتبين لكم الخيط الابيض) نص فى ذلك اوكالنص والذين رأوا أنه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتمد اختلفوا فى الحد المحرم للاكل فقال قوم هو طلوع الفجر نفسه وقال قوم هو تبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم الحاصل به لم يوجب عليه قضاء * وسبب الاختلاف فى ذلك الاحتمال الذى فى قوله تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) هل على الامساك بالتبيين نفسه او بالشئ المتبين لان العرب تتجوز فتستعمل لاحق الشئ بدل الشئ على وجه الاستعارة فكانه قال تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود لانه اذا تبين فى نفسه تبين لنا فاذا اضافة التبيين لنا هى التى اوقعت الخلاف لانه قد يتبين فى نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه بالطلوع نفسه اعنى قياسا على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره فان الاعتبار فى جميعها فى الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه الجمهور ان الاكل يجوز أن يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول

الاول ما فى كتاب البخارى أظنه فى بعض رواياته قال النبى صلى الله عليه وسلم: وكلوا واشربوا حتى ينادى ابن ام مكتوم فانه لا ينادى حتى يطلع الفجر وهو نص فى موضع الخلاف اوكالنص والموافق لظاهر قوله تعالى (وكلوا واشربوا) الآية ومن ذهب الى انه يجب الامساك قبل الفجر فجريا على الاحتياط وسداً للذريعة وهو اورع القولين والاول أقيس والله اعلم

﴿ الركن الثانى وهو الامساك ﴾

واجمعوا على انه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المطعوم والمشروب والجماع لقوله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) واختلفوا من ذلك فى مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمغذ وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحقنة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل ان يرد الدماغ ولا يرد المعدة * وسبب اختلافهم فى هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به انما هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انما هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الى الحلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان او غير مغذ واما ما عدى المأكول والمشروب من المفطرات فكلهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمذى فلم يفطر الامالك واختلفوا فى القبلة للصائم فمنهم من اجازها ومنهم من كرهها للشاب واجازها للشيخ ومنهم من كرهها على الاطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وام سلمة ان النبى عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ومن كرهها فلما يدعو اليه من الوقاع وشذ قوم فقالوا القبلة تفطر واحتجوا لذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال : افطرا جميعا خرج هذا الأثر الطحاوى ولكن ضعفه

واما ما يقع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان فالكلام فيه عند الكلام فى المفطرات واحكامها

واما ما اختلفوا فيه مما هو منطوق به فالحجامة والقئ اما الحجامة فان فيها ثلاثة مذاهب، قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال احمد وداود والاوزاعى واسحاق بن راهويه،

وقوم قالوا انها مكروهة للصائم وليست تفطر وبه قال مالك والشافعى والثورى ، وقوم قالوا انها غير مكروهة ولا مفطرة وبه قال ابو حنيفة واصحابه * وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان احدهما ماروى من طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج انه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه احمد والحديث الثانى حديث عكرمة عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو صائم وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء فى هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، احدها مذهب الترجيح ، والثانى مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس يحتمل ان يكون ناسخاً ويحتمل ان يكون منسوخا وذلك شك والشك لا يوجب عملا ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً فى العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النهى على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الحظر ومن أسقطهما للتعارض قال باباحة الاحتجام للصائم * واما القئ فان جمهور الفقهاء على ان من ذرعه القئ فليس بمفطر الا ربيعة فانه قال انه مفطر وجمهورهم ايضاً على ان من استقاء فقاء فانه مفطر الا طاوس * وسبب اختلافهم مايتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة فى هذه المسئلة واختلافهم ايضاً فى تصحيحها وذلك انه ورد فى الباب حديثان احدهما حديث ابى الدرداء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فأفطر قال معدان فلقيت ثوبان فى مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثنى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر فقال صدق انا صببت له وضوأه وحديث ثوبان هذا صححه الترمذى والآخر حديث ابى هريرة خرجه الترمذى وابو داود ايضاً ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه القئ وهو صائم فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفا على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر اصلا ومن اخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث ابى هريرة اوجب الفطر من القئ باطلاق ولم يفرق بين ان يستقئ اولا يستقئ ومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث ابى هريرة مفسر والواجب حمل المجمل على المفسر فرق بين القئ والاستقاءة وهو الذى عليه الجمهور .

﴿ الركن الثالث وهو النية ﴾

والنظر فى النية فى مواضع منها هل هى شرط فى صحة هذه العبادة ام ليست بشرط وان كانت شرطاً فما الذى يجزى من تعيينها وهل يجب تجديدها فى كل يوم من ايام رمضان ام يكفى فى ذلك النية الواقعة فى اليوم الاول واذا اوقعها المكلف فأى وقت اذا وقعت فيه صح الصوم واذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية يوجب الفطر وان لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها اما كون النية شرطا فى صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذ زفر فقال لا يحتاج رمضان الى نية الا ان يكون الذى يدركه صيام شهر رمضان مريضاً او مسافراً فيريد الصوم والسبب فى اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى اوغير معقولة المعنى فمن رأى انها غير معقولة المعنى اوجب النية ومن رأى انها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وان لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين انواع الصوم فيه ضعف وكانه لما رأى ان ايام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى ان كل صوم يقع فيها ينقلب صوما شرعياً وان هذا شئ يخص هذه الايام واما اختلافهم فى تعيين النية المجزية فى ذلك فان مالكا قال لابد فى ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقا ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال ابو حنيفة ان اعتقد مطلق الصوم أجزأه وكذلك ان نوى فيه صيام غير رمضان اجزأه وانقلب الى صيام رمضان الا ان يكون مسافراً فانه اذا نوى المسافر عنده فى رمضان صيام غير رمضان كان مانوى لانه لم يجب عليه صوم رمضان وجوبا معيناً ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقالا كل صوم نوى فى رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافى فى تعيين النية فى هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة او تعيين شخصها وذلك ان كلا الامرين موجود فى الشرع مثال ذلك ان النية فى الوضوء يكفى منها اعتقاد رفع الحدث لاى شئ كان من العبادات التى الوضوء شرط فى صحتها وليس يختص عبادة عبادة بوضوء وضوء واما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة ان عصراً فعصراً وان ظهراً فظهراً وهذا كله على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفى فى ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثانى اشترط تعيين الصوم واختلافهم ايضاً فى اذا نوى فى ايام رمضان صوما آخر هل ينقلب او لا ينقلب سببه ايضاً ان من العبادة عندهم ماينقلب من قبل ان الوقت الذى توقع فيه مختص بالعبادة التى تنقلب اليه ومنها ماليس ينقلب اما التى لا تنقلب فأكثرها واما التى تنقلب باتفاق

فالحج وذلك انهم قالوا اذا ابتدأ الحج تطوعا من وجب عليه الحج انقلب التطوع الى الفرض ولم يقولوا ذلك فى الصلاة ولا فى غيرها فمن شبه الصوم بالحج قال ينقلب ومن شبهه بغيره من العبادات قال لاينقلب واما اختلافهم فى وقت النية فان مالكا رأى انه لايجزى الصيام الابنية قبل الفجر وذلك فى جميع انواع الصوم وقال الشافعى تجزى النية بعد الفجر فى النافلة ولاتجزى فى الفروض وقال ابو حنيفة تجزى النية بعد الفجر فى الصيام المتعلق وجوبه بوقت معين مثل رمضان ونذر ايام محدودة وكذلك فى النافلة ولايجزى فى الواجب فى الذمة * والسبب فى اختلافهم تعارض الاثر فى ذلك اما الآثار المتعارضة فى ذلك فأحدها ماخرجه البخارى عن حفصة انه قال عليه الصلاة والسلام: من لم يبيت الصيام من الليل فلا صيام له ورواه مالك موقوفا قال ابو عمر حديث حفصة فى اسناده اضطراب والثانى مارواه مسلم عن عائشة قالت قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم: ياعائشة هل عندكم شئ قالت قلت يارسول الله ماعندنا شئ قال فانى صائم والحديث معاوية انه قال على المنبر يا اهل المدينة أين علماؤكم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اليوم هذا يوم عاشوراء ولم يكتب علينا صيامه وانا صائم فمن شاء منكم فليصم ومن شاء فليفطر فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بحديث حفصة ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين النفل والفرض اعنى حمل حديث حفصة على الفرض وحديث عائشة ومعاوية على النفل وانما فرق ابو حنيفة بين الواجب المعين والواجب فى الذمة لان الواجب المعين له وقت مخصوص يقوم مقام النية فى التعيين والذى فى الذمة ليس له وقت مخصوص فوجب التعيين بالنية * وجمهور الفقهاء على انه ليس الطهارة من الجنابة شرطا فى صحة الصوم لما ثبت من حديث عائشة وام سلمة زوجى النبى صلى الله عليه وسلم أنهما قالتا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصبح جنباً من جماع غير احتلام فى رمضان ثم يصوم ومن الحجة لهم الاجماع على ان الاحتلام بالنهار لايفسد الصوم وروى عن ابراهيم النخعى وعروة بن الزبير وطاوس انه ان تعمد ذلك افسد صومه * وسبب اختلافهم ماروى عن ابى هريرة انه كان يقول من اصبح جنباً فى رمضان أفطر وروى عنه انه قال ما اناقلته محمد صلى الله عليه وسلم قاله ورب الكعبة وذهب ابن الماجشون من اصحاب مالك ان الحائض اذا طهرت قبل الفجر فأخرت الغسل ان يومها يوم فطر وأقاويل هؤلاء شاذة ومردودة بالسنن المشهورة الثابتة.

(القسم الثانى من الصوم المفروض)

وهو الكلام فى الفطر واحكامه والمفطرون فى الشرع على ثلاثة اقسام صنف يجوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف فى ذلك بين المسلمين وصنف لايجوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء تتعلق به احكام اما الذين يجوز لهم الامران فالمريض باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله مجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه فى مواضع ، منها هل ان صام اجزأه صومه أم ليس يجزيه وهل ان كان يجزى المسافر صومه الافضل له الصوم او الفطر او هو مخير بينهما او هل الفطر الجائز له هو فى سفر محدود ام فى كل ماينطلق عليه اسم السفر فى وضع اللغة ومتى يفطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مر ببعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا افطر ماحكمه وأما المريض فالنظر فيه ايضاً فى تحديد المرض الذى يجوز له فيه الفطر وفى حكم الفطر

(أما المسئلة الاولى) وهى ان صام المريض والمسافر هل يجزيه صومه عن فرضه ام لا فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه واجزأه وذهب اهل الظاهر الى انه لايجزيه وان فرضه هو أيام اخر * والسبب فى اختلافهم تردد قوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً او على سفر فعدة من ايام أخر) بين ان يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف اصلا او يحمل على المجاز فيكون التقدير فافطر فعدة من ايام أخر وهذا الحذف فى الكلام هو الذى يعرفه اهل صناعة الكلام بلحن الخطاب فمن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على المجاز قال ان فرض المسافر عدة من ايام اخر لقوله تعالى (فعدة من ايام اخر) ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام اخر اذا افطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالاثار الشاهدة لكلا المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل الشئ على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمله على المجاز، أما الجمهور فيحتجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أنس قال سافر نامع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم وبما ثبت عنه ايضاً انه قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافرون فيصوم بعضهم ويفطر بعضهم واهل الظاهر يحتجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح فى رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم افطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالاحدث فالاحدث من امر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال ابو عمر والحجة على اهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام اجزأه صومه

(واما المسئلة الثانية) وهى هل الصوم افضل اوالفطر اذاقلنا انه من اهل الفطر على مذهب الجمهور فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل وممن قال بهذا القول مالك وابوحنيفة وبعضهم رأى ان الفطر افضل وممن قال بهذا القول احمد وجماعة وبعضهم رأى ان ذلك على التخيير وانه ليس احدهما افضل * والسبب فى اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك الظاهر لبعض المنقول ومعارضة المنقول بعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من اجازة الفطر للصائم انما هو الرخصة له لمكان رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالافضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمرو الاسلمى خرجه مسلم انه قال يارسول الله أجدنى قوة على الصيام فى السفر فهل علىّ من جناح فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هى رخصة من الله فمن اخذبها فحسن ومن احب ان يصوم فلاجناح عليه

واما ماورد من قوله عليه الصلاة والسلام: ليس من البر أن تصوم فى السفر ومن ان آخر فعله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيوهم ان الفطر افضل لكن الفطر لما كان ليس حكما وانما هو من فعل المباح عسر على الجمهور ان يضعوا المباح افضل من الحكم واما من خير فى ذلك فلمكان حديث عائشة قالت سأل حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام فى السفر فقال : ان شئت فصم وان شئت فأفطر خرجه مسلم .

(واما المسئلة الثالثة) وهى هل الفطر الجائز للمسافر هو فى سفر محدود اوفى سفر غير محدود فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى انه انما يفطر فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم فى هذه المسئلة وذهب قوم الى انه يفطر فى كل ماينطلق عليه اسم سفر وهم اهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك ان ظاهر اللفظ ان كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله ان يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً اوعلى سفر فعدة من ايام اخر) واما المعنى المعقول من اجازة الفطر فى السفر فهو المشقة ولما كانت لاتوجد فى كل سفر وجب ان يجوز الفطر فى السفر الذى فيه المشقة ولما كان الصحابة كانهم مجمعون على الحد فى ذلك وجب ان يقاس ذلك على الحد فى تقصير الصلاة

واما المرض الذى يجوز فيه الفطر فانهم اختلفوا فيه ايضا فذهب قوم الى انه المرض الذى يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم الى انه المرض الغالب وبه قال احمد وقال قوم اذا انطلق عليه اسم المريض افطر * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى حد السفر

(واما المسئلة الخامسة) وهى متى يفطر المسافر ومتى يمسك فان قوما قالوا يفطر يومه الذى خرج فيه مسافرا وبه قال الشعبى والحسن واحمد وقالت طائفة لايفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء لمن علم انه يدخل المدينة اول يومه ذلك أن يدخل صائما وبعضهم فى ذلك أكثر تشديدا من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطرا كفارة واختلفوا فيمن دخل وقد ذهب بعض النهار فذهب مالك والشافعى الى انه يتمادى على فطره وقال ابوحنيفة واصحابه يكف عن الاكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الاكل والسبب فى اختلافهم فى الوقت الذى يفطر فيه المسافر هو معارضة الاثر للنظر اما الاثر فانه ثبت من حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم افطر وافطر الناس معه وظاهر هذا انه افطر بعد ان بيت الصوم واما الناس فلا يشك انهم افطروا بعد تبييتهم الصوم وفى هذا المعنى ايضا حديث جابر بن عبد الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح الى مكة فصار حتى بلغ كراع الغميم وصام الناس ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس اليه ثم شرب فقيل له بعد ذلك ان بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج ابو داود عن ابى نصرة الغفارى انه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت الست تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل واما النظر فلما كان المسافر لايجوز له الا ان يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له ان يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم)

واما اختلافهم فى امساك الداخل فى اثناء النهار عن الاكل اولا امساكه * فالسبب فيه اختلافهم فى تشبيه من يطرأ عليه فى يوم شك افطر فيه الثبوت انه من رمضان فمن شبهه به قال يمسك عن الاكل ومن لم يشبهه به قال لايمسك عن الاكل لان الاول أكل لموضع الجهل وهذا أكل لسبب مبيح أو موجب للاكل والحنفية تقول كلاهما سببان موجبان للامساك عن الاكل بعد اباحة الاكل

(وأما المسئلة السادسة) وهى هل يجوز للصائم فى رمضان ان ينشئ سفرا ثم لايصوم فيه فان الجمهور على انه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة السلمانى وسويد بن غفلة وابن مجلز انه ان سافر فيه صام ولم يجيزوا له الفطر * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) وذلك انه يحتمل ان يفهم منه ان من شهد بعض الشهر

فلواجب عليه ان يصومه كله ويحتمل ان يفهم منه ان من شهد ان الواجب أن يصوم ذلك البعض الذى شهده وذلك انه لما كان المفهوم باتفاق ان من شهده كله فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور انشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر فى رمضان واما حكم المسافر اذا افطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى (فعدة من ايام أخر) ماعدا المريض باغماء أوجنون فانهم اختلفوا فى وجوب القضاء عليه وفقهاء الامصار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا فى المجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام: وعن المجنون حتى يفيق والذين أوجبوا عليهما القضاء اختلفوا فى كون الاغماء والجنون مفسداً للصوم فقوم قالوا انه مفسد وقوم قالوا ليس بمفسد وقوم فرقوا بين ان يكون اغمى عليه بعد الفجر او قبل الفجر وقوم قالوا ان اغمى عليه بعد مضى اكثر النهار اجزأه وان اغمى عليه فى اول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فان الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون واذا ارتفع التكليف لم يوصف بمفطر ولا صائم فكيف يقال فى الصفة التى ترفع التكليف انها مبطلة للصوم الا كما يقال فى الميت اوفيمن لا يصح منه العمل انه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ماعليهما متتابعاً أم لا ومنها ماذا عليهما اذا أخرا القضاء بغير عذر الى ان يدخل رمضان آخر ومنها اذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما وليهما اولا يصوم (اما المسئلة الاولى) فان بعضهم اوجب ان يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهؤلاء منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك ايجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك ان القياس يقتضى ان يكون الاداء على صفة القضاء، اصل ذلك الصلاة والحج واما ظاهر قوله تعالى (فعدة من ايام اخر) فانما يقتضى ايجاب العدد فقط لا ايجاب التتابع وروى عن عائشة انها قالت نزلت (فعدة من ايام أخر متتابعات) فسقط متتابعات واما اذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعى واحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصرى وابراهيم النخعى * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات بعضها على بعض أم لا فمن لم يجز القياس فى الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس فى الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من افطر

متعمداً لان كليهما مستهين بحرمة الصوم اما هذا فبترك القضاء زمان القضاء واما ذلك فبالاكل فى يوم لا يجوز فيه الاكل وانما كان يكون القياس مستنداً لو ثبت ان للقضاء زماناً محدوداً بنص من الشارع لان أزمنة الاداء هى المحدودة فى الشرع وقد شذ قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخر انه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص واما اذا مات وعليه صوم فان قوما قالوا لا يصوم احد عن احد وقوم قالوا يصوم عنه وليه والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعى وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا ان يوصى به وهو قول مالك وقال ابو حنيفة يصوم فان لم يستطع اطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المفروض فقالوا يصوم عنه وليه فى النذر ولا يصوم فى الصيام المفروض * والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام: من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه ايضاً من حديث ابن عباس انه قال: جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال: لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال: فدين الله احق بالقضاء فمن رأى ان الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلى احد عن احد ولا يتوضأ احد عن احد كذلك لا يصوم احد عن احد قال لا صيام على الولى ومن اخذ بالنص فى ذلك قال بايجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص فى ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه فى رمضان واما من اوجب الاطعام فمصيرا الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير فى ذلك فجمعا بين الآية والاثر فهذه هى احكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

واما باقى هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسئلتين مشهورتين، احداهما الحامل والمرضع اذا افطرتا ماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب، احدها انهما يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس، والقول الثانى انهما يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال ابو حنيفة واصحابه وابو عبيد وابو ثور، والثالث انهما يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعى، والقول الرابع ان الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذى يجهده الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذى يجهده الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ (وعلى الذين يطوقونه

فدية طعام مساكين) الآية

واما من جمع عليهما الامرين فيشبه ان يكون رأى فيهما من كل واحد شبها فقال عليهما القضاء من جهة ما فيهما من شبه المريض وعليهما الفدية من جهة ما فيهما من شبه الذين يجهدهم الصيام ويشبه ان يكون شبههما بالمفطر الصحيح لكن يضعف هذا فان الصحيح لا يباح له الفطر ومن فرق بين الحامل والمرضع الحق الحامل بالمريض وأبقى حكم المرضع مجموعا من حكم المريض وحكم الذى يجهده الصوم أو شبههما بالصحيح ومن افردلهما احد الحكمين اولى والله اعلم ممن جمع كما ان من افردهما بالقضاء اولى ممن افردهما بالاطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فانه بين

واما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم أجمعوا على ان لهما ان يفطرا واختلفوا فيما عليهما اذا افطرا فقال قوم عليهما الطعام وقال قوم ليس عليهما الطعام وبالاول قال الشافعى وابو حنيفة وبالثانى قال مالك الا انه استحبه، واكثر من رأى الاطعام عليهما يقول مداً عن كل يوم وقيل ان حفن حفنات كما كان انس يصنع اجزأه * وسبب اختلافهم اختلافهم فى القراءة التى ذكرنا اعنى قراءة من قرأ (وعلى الذين يطوقونه) فمن اوجب العمل بالقراءة التى لم تثبت فى المصحف اذا وردت من طريق الاحاد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المريض الذى يتمادى به المرض حتى يموت فهذه هى احكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر اعنى احكامهم المشهورة التى اكثرها منطوق به اولها تعلق بالمنطوق به فى الصنف الذى يجوز له الفطر

واما النظر فى احكام الصنف الذى لا يجوز له الفطر اذا افطر فان النظر فى ذلك يتوجه الى من يفطر بجماع والى من يفطر بغير جماع والى من يفطر بامر متفق عليه والى من يفطر بامر مختلف فيه اعنى بشبهة او بغير شبهة وكل واحد من هذين اما ان يكون على طريق السهو او طريق العمد او طريق الاختيار او طريق الاكراه

اما من افطر بجماع متعمدا فى رمضان فان الجمهور على ان الواجب عليه القضاء والكفارة لما ثبت من حديث ابى هريرة انه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يارسول الله قال: وما اهلكك قال وقعت على امرأتى فى رمضان قال: هل تجد ما تعتق به رقبة قال لا قال: فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا قال: فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فاتى النبى صلى الله عليه وسلم بفرق فيه تمر فقال: تصدق بهذا فقال اعلى

افقر منى فما بين لابتيها اهل بيت احوج اليه منا قال فضحك النبى صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابه ثم قال: اذهب فأطعمه اهلك واختلفوا من ذلك فى مواضع ، منها هل الافطار متعمداً بالاكل والشرب حكمه حكم الافطار بالجماع فى القضاء والكفارة أم لا ، ومنها اذا جامع ساهيا ماذا عليه ، ومنها ماذا على المرأة اذا لم تكن مكرهة ، ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة او على التخيير ، ومنها كم المقدار الذى يجب ان يعطى كل مسكين اذا كفر بالاطعام ، ومنها هل الكفارة متكررة بتكرر الجماع ام لا ، ومنها اذا لزمه الاطعام وكان معسراً هل يلزمه الاطعام اذا أثرى ام لا . وشذ قوم فلم يوجبوا على المفطر عمدا بالجماع الا القضاء فقط اما لانه لم يبلغهم هذا الحديث واما لانه لم يكن الامر عزمة فى هذا الحديث لانه لو كان عزمة لو جب اذا لم يستطع الاعتاق او الاطعام ان يصوم ولابد اذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وايضاً لو كان عزمة لاعلمه عليه السلام انه اذا صح انه يجب عليه الصيام ان لو كان مريضاً وكذلك شذ قوم ايضاً فقالوا ليس عليه الا الكفارة فقط اذ ليس فى الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب انما هو لمن افطر ممن يجوز له الفطر او ممن لا يجوز له الصوم على الاختلاف الذى قررناه قبل فى ذلك فاما من افطر متعمداً فليس فى ايجاب القضاء عليه نص فيلحق فى قضاء المتعمد الخلاف الذى لحق فى قضاء تارك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها الا ان الخلاف فى هاتين المسئلتين شاذ واما الخلاف المشهور فهو فى المسائل التى عددناها قبل

(اما المسئلة الاولى) وهى هل تجب الكفارة بالافطار بالاكل والشرب متعمداً فان مالكا واصحابه وابا حنيفة واصحابه والثورى وجماعة ذهبوا الى ان من افطر متعمدا باكل او شرب ان عليه القضاء والكفارة المذكورة فى هذا الحديث وذهب الشافعى واحمد واهل الظاهر الى ان الكفارة انما تلزم فى الافطار من الجماع فقط * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى جواز قياس المفطر بالاكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى ان شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحدا ومن رأى انه وان كانت الكفارة عقابا لانتهاك الحرمة فانها اشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك ان العقاب المقصود به الردع والعقاب الاكبر قد يوضع لما اليه النفس اميل وهو لها اغلب من الجنايات وان كانت الجناية متقاربة اذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وان يكونوا اخيارا عدولا كما قال تعالى (كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون) قال هذه الكفارة المغلظة خاصة بالجماع وهذا اذا كان ممن يرى القياس واما من لا يرى القياس فامره بين انه ليس يعدى حكم

الجماع الى الاكل والشرب واما ماروى مالك فى الموطا ان رجلا افطر فى رمضان فأمره النبى عليه الصلاة والسلام بالكفارة المذكورة فليس بحجة لان قول الراوى فافطر هو مجمل والمجمل ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على ان الراوى كان يرى انا لكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذكر النوع من الفطر الذى افطر به

(واما المسئلة الثانية) وهو اذا جامع ناسيا لصومه فان الشافعى وابا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال احمد واهل الظاهر عليه القضاء والكفارة * وسبب اختلافهم فى قضاء الناسى معارضة ظاهر الاثر فى ذلك للقياس اما القياس فهو تشبيه ناسى الصوم بناسى الصلاة فمن شبهه بناسى الصلاة اوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسى الصلاة، واما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرجه البخارى ومسلم عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من نسى وهو صائم فأكل اوشرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن ان الشمس قد غربت فأفطر ثم ظهرت الشمس بعد ذلك هل عليه قضاء ام لا وذلك ان هذا مخطئ والمخطئ والناسى حكمهما واحد فكيف ماقلنا فتأثير النسيان فى اسقاط القضاء بين والله اعلم وذلك انا ان قلنا ان الاصل هو ان لا يلزم الناسى قضاء حتى يدل الدليل على الزامه وجب ان يكون النسيان لا يوجب القضاء فى الصوم اذ لا دليل ههنا على ذلك بخلاف الامر فى الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسى فقد دل الدليل فى حديث ابى هريرة على رفعه عن الناسى اللهم الا ان يقول قائل ان الدليل الذى استثنى ناسى الصوم من ناسى سائر العبادات التى رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بأمر متجدد .

واما من اوجب القضاء والكفارة على المجامع ناسيا فضعيف فان تأثير النسيان فى اسقاط العقوبات بين فى الشرع والكفارة من انواع العقوبات وانما صارهم الى ذلك اخذهم بمجمل الصفة المنقولة فى الحديث اعنى من انه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ اصله فى هذا مع ان النص انما جاء فى المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر ان يأخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العامد

الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى اويأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام. رفع عن امتى الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم اصله وليس فى مجمل مانقل من حديث الاعرابى حجة ومن قال من اهل الاصول ان ترك التفصيل فى اختلاف الاحوال من الشارع بمنزلة العموم فى الاقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على مفصل وانما الاجمال فى حقنا .

(واما المسئلة الثالثة) وهو اختلافهم فى وجوب الكفارة على المرأة اذا طاوعته على الجماع فان ابا حنيفة واصحابه ومالكا واصحابه اوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعى وداود لا كفارة عليها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة فى الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكلفا .

(واما المسئلة الرابعة) وهى هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار اوعلى التخيير واعنى بالترتيب ان لا ينتقل المكلف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذى قبله وبالتخيير ان يفعل منها ماشاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم ايضاً اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وسائر الكوفيين هى مرتبة فالعتق اولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فالاطعام وقال مالك هى على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام اكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلافهم فى وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار فى ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابى المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبى عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر مارواه مالك من ان رجلا افطر فى رمضان فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعتق رقبة او يصوم شهرين متتابعين او يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذ او انما يقتضى فى لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوى الصاحب اذ كانوا هم اقعد بمفهوم الاحوال ودلالات الاقوال

واما الاقيسة المعارضة فى ذلك فتشبيهها تارة بكفارة الظهار وتارة بكفارة اليمين لكنها اشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين واخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوى واما استحباب مالك الابتداء بالاطعام فمخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام فى مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له اكثر من غيره بدليل قراءة من قرأ (وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مساكين) ولذلك استحب

هو وجماعة من العلماء لمن مات وعليه صوم ان يكفر بالاطعام عنه وهذا كانه من باب ترجيح القياس الذى تشهد له الاصول على الاثر الذى لا تشهد له الاصول .

(واما المسئلة الخامسة) وهو اختلافهم فى مقدار الاطعام فان مالكا والشافعى واصحابهما قالوا يطعم لكل مسكين مدا بمد النبى صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة واصحابه لا يجزى اقل من مدين بمد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر اما القياس فتشبيه هذه الفدية بفدية الاذى المنصوص عليها واما الاثر فما روى فى بعض طرق حديث الكفارة ان الفرق كان فيه خمسة عشر صاعا لكن ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا دلالة ضعيفة وانما يدل على ان بدل الصيام فى هذه الكفارة هو هذا القدر .

(واما المسئلة السادسة) وهى تكرر الكفارة بتكرر الافطار فانهم أجمعوا على ان من وطئ فى رمضان ثم كفر ثم وطئ فى يوم آخر ان عليه كفارة اخرى واجمعوا على انه من وطئ مرارا فى يوم واحد انه ليس عليه الا كفارة واحدة واختلفوا فيمن وطئ فى يوم من رمضان ولم يكفر حتى وطئ فى يوم ثان فقال مالك والشافعى وجماعة عليه لكل يوم كفارة وقال ابو حنيفة واصحابه عليه كفارة واحدة مالم يكفر عن الجماع الاول * والسبب فى اختلافهم تشبيه الكفارات بالحدود فمن شبهها بالحدود قال كفارة واحدة تجزى فى ذلك عن افعال كثيرة كما يلزم الزانى جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يحد لواحد منها ومن لم يشبهها بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكما منفرداً بنفسه فى هتك الصوم فيه واوجب فى كل يوم كفارة قالوا والفرق بينهما ان الكفارة فيها نوع من القربة والحدود زجر محض .

(واما المسئلة السابعة) وهى هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسراً فى وقت الوجوب فان الاوزاعى قال لا شئ عليه ان كان معسراً واما الشافعى فتردد فى ذلك * والسبب فى اختلافهم فى ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل ان يشبه بالديون فيعود الوجوب عليه فى وقت الاثراء ويحتمل ان يقال لو كان ذلك واجباً عليه لبينه له عليه الصلاة والسلام فهذه احكام من افطر متعمداً فى رمضان مما اجمع على انه مفطر

واما من افطر مما هو مختلف فيه فان بعض من اوجب فيه الفطر اوجب فيه القضاء والكفارة وبعضهم اوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى الفطر من الحجامة ومن الاستقاء ومن بلع الحصاة ومثل المسافر يفطر اول يوم يخرج عند من يرى انه ليس له ان يفطر فى ذلك اليوم فان

مالكا اوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه فى ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور اصحابه واما من اوجب القضاء والكفارة من الاستقاء فأبو ثور والاوزاعى وسائر من يرى ان الاستقاء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذى اوجب القضاء والكفارة فى الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تفطر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فمن غلب احد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذان الشبهان الموجودان فيهما اللذان أوجبا فيه الخلاف اعنى هل هو مفطر او غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزع ابو حنيفة الى انه من افطر متعمداً للفطر ثم طرأ عليه فى ذلك اليوم سبب مبيح للفطر انه لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمداً ثم تحيض باقى النهار وكالصحيح يفطر عمداً ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر فى نفسه اعنى انه مفطر فى يوم جاز له الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر فى يوم جاز له الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعى ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك فى الفجر وايجابه القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك فى الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما * واتفق الجمهور على انه ليس فى الفطر عمداً فى قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حرمة زمان الاداء اعنى رمضان الا قتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب ان عليه يومين قياساً على الحج الفاسد * واجمعوا على ان من سنن الصوم تاخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر واخروا السحور وقال : تسحروا فان فى السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام : فصل ما بين صيامنا وصيام اهل الكتاب اكلة السحر ، وكذلك جمهورهم على ان من سنن الصوم ومرغباته كف اللسان عن الرفث والخنا : لقوله عليه الصلاة والسلام انما الصوم جنة فاذا اصبح احدكم صائما فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتمه فليقل انى صائم وذهب اهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المفروض من المسائل وبقى القول فى الصوم المندوب اليه وهو القسم الثانى من هذا الكتاب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الصيام الثانى وهو المندوب اليه ﴾

والنظر فى الصيام المندوب اليه هو فى تلك الاركان الثلاثة وفى حكم الافطار فيه فأما الايام التى يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الاول فانها على ثلاثة اقسام ايام مرغب فيها وايام منهى عنها وايام مسكوت عنها ومن هذه ماهو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه، اما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء واما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرر من كل شهر وهى الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر، اما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صامه وأمر بصيامه وقال فيه: من كان اصبح صائما فليتم صومه ومن كان اصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع او العاشر * والسبب فى ذلك اختلاف الآثار خرج مسلم عن ابن عباس قال اذا رأيت هلال المحرم فاعدد واصبح يوم التاسع صائما قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى انه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وامر بصيامه قالوا يارسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم

واما اختلافهم فى يوم عرفة فلان النبى عليه الصلاة والسلام افطر يوم عرفة وقال فيه: صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس فى ذلك واختار الشافعى الفطر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جمعاً بين الاثرين وخرج ابو داود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صيام يوم عرفة بعرفة واما الست من شوال فانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صام رمضان ثم اتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا كره ذلك اما مخافة ان يلحق الناس برمضان ماليس من رمضان واما لانه لعله لم يبلغه الحديث اولم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحرى صيام الغرر مع ماجاء فيها من الاثر مخافة ان يظن الجهال بها انها واجبة وثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم من كل شهر ثلاثة ايام غير معينة وانه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما اكثر الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة ايام قال فقلت يارسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال خمساً قلت يارسول الله انى اطيق اكثر من

ذلك قال سبعاً قلت يارسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال تسعا قلت يارسول الله انى اطيق اكثر من ذلك قال احد عشر قلت يارسول الله انى اطيق اكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: لاصوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وافطار يوم وخرج ابوداود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهرا بالصيام غير رمضان وان اكثر صيامه كان فى شعبان

واما الايام المنهى عنها فمنها ايضاً متفق عليها ومنها مختلف فيها اما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهى عن صيامهما واما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الاخر من شعبان وصيام الدهر اما ايام التشريق فان اهل الظاهر لم يجيزوا الصوم فيها وقوم اجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه اجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم فى الحج وهو المتمتع وهذه الايام هى الثلاثة الايام التى بعد يوم النحر * والسبب فى اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام: فانها ايام اكل وشرب بين ان يحمل على الوجوب اوعلى الندب فمن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه ان يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذى هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث ابى سعيد الخدرى الثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لايصح الصيام فى يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدليل الخطاب يقتضى ان ماعدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لافائدة فيه، واما يوم الجمعة فان قوما لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك واصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا ان يصام قبله اوبعده * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبى صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة ايام من كل شهر قال ومارأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر ان سائلا سأل جابراً اسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم، ومنها حديث ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لايصوم احدكم يوم الجمعة الا ان يصوم قبله اويصوم بعده خرجه ايضاً مسلم فمن اخذ بظاهر حديث ابن مسعود اجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن اخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً ومن اخذ بحديث ابى هريرة جمع بين الحديثين اعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود

وأما يوم الشك فان جمهور العلماء على النهى عن صيام يوم الشك على انه من رمضان لظواهر الاحاديث التى يوجب مفهومها تعلق الصوم بالرؤية او باكمال العدد الا ماحكيناه عن ابن عمر واختلفوا فى تحرى صيامه تطوعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم ومن اجازه فلانه قد روى انه عليه السلام صام شعبان كله ولما قد روى من انه عليه السلام قال : لا تتقدموا رمضان بيوم ولا بيومين الا ان يوافق ذلك صوما كان يصومه احدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول انه ان صامه على انه من رمضان ثم جاء الثبت انه من رمضان اجزأه وهذا دليل على ان النية تقع بعد الفجر فى التحول من نية التطوع الى نية الفرض

واما يوم السبت فالسبب فى اختلافهم فيه اختلافهم فى تصحيح ماروى من انه عليه السلام قال : لا تصوموا يوم السبت الا فيما افترض عليكم خرجه ابو داود قالوا والحديث منسوخ نسخه حديث جويرية بنت الحرث ان النبى عليه السلام دخل عليها يوم الجمعة وهى صائمة فقال صمت امس فقالت لافقال تريدين ان تصومى غداً قالت لاقال فافطرى واما صيام الدهر فانه قد ثبت النهى عن ذلك لكن مالك لم ير بذلك بأساً وعسى رأى النهى فى ذلك انما هو من باب خوف الضعف والمرض

واما صيام النصف الاخر من شعبان فان قوما كرهوه وقوما اجازوه فمن كرهوه فلما روى من انه عليه السلام قال: لاصوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن اجازه فلما روى عن ام سلمة قالت مارأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين الا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرن شعبان برمضان وهذه الآثار خرجها الطحاوى

(واما الركن الثانى) وهو النية فلا اعلم ان احداً لم يشترط النية فى صوم التطوع وانما اختلفوا فى وقت النية على ماتقدم

(واما الركن الثالث) وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب فى الصوم المفروض والاختلاف الذى هنالك لاحق ههنا

واما حكم الافطار فى التطوع فانهم اجمعوا على انه ليس على من دخل فى صيام تطوع فقطعه لعذر قضاء واختلفوا اذا قطعه لغير عذر عامداً فاوجب مالك وابو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعى وجماعة ليس عليه قضاء * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك

وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجى النبى عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لهما طعام فأفطرتا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث ام هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وام هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناولته فشرب منه ثم ناوله ام هانئ فشربت منه قالت يارسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام: اكنت تقضين شيأ قالت لا قال: فلا يضرك ان كان تطوعا واحتج الشافعى فى هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل علىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت انا خبأت لك خبأ فقال: اما انى كنت اريد الصيام ولكن قربيه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولاختلافهم ايضاً فى هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع اوعلى حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل فى الحج والعمرة متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء واجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص فى هذا المعنى وهو انه يلزم المفسد له المسير فيه الى آخره واذا افطر فى التطوع ناسيا فالجمهور على ان لاقضاء عليه وقال ابن علية عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانئ على النسيان وحديث ام هانئ خرجه ابوداود وكذلك خرج حديث عائشة بقريب من اللفظ الذى ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

﴿ كتاب الاعتكاف ﴾

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف فى ذلك الا ماروى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة ان لا يوفى شرطه وهو فى رمضان اكثر منه فى غيره وبخاصة فى العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص فى موضع مخصوص وفى زمان مخصوص بشروط مخصوصة وتروك مخصوصة فاما العمل الذى يخصه ففيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من اعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع اعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثورى والاول هو مذهب الشافعى وابى حنيفة * وسبب اختلافهم ان ذلك شئ مسكوت عنه اعنى انه ليس فيه حد مشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الافعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للمعتكف الا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخروية كلها اجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن على رضى الله عنه انه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجنازة ويوصى اهله اذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس، ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو ان السنة للمعتكف ان لا يشهد جنازة ولا يعود مريضاً وهذا ايضاً احدما اوجب الاختلاف فى هذا المعنى

واما المواضع التى فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف الا فى المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبى عليه السلام وبه قال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام فى كل مسجد وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف الا فى مسجد فيه جمعة وهى رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على ان من شرط الاعتكاف المسجد الا ماذهب اليه ابن لبابة من انه يصح فى غير مسجد وان مباشرة النساء انما حرمت على المعتكف اذا اعتكف فى المسجد والا ماذهب اليه ابو حنيفة من ان المراة انما تعتكف فى مسجد بيتها * وسبب اختلافهم فى

اشتراط المسجد او ترك اشتراطه هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (ولا تباشروهن وانتم عاكفون فى المساجد) بين ان يكون له دليل خطاب ام لا يكون له فمن قال له دليل خطاب قال لا اعتكاف الا فى مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز فى غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائلا لو قال لا تعط فلانا شيأ اذا كان داخلا فى الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف انما اضيف الى المساجد لانها من شرطه * واما سبب اختلافهم فى تخصيص بعض المساجد او تعميمها فمعارضة العموم للقياس المخصص له فمن رجح العموم قال فى كل مسجد على ظاهر الآية ومن انقدح له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم بقياس اشترط ان يكون مسجداً فيه جمعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة او مسجدا تشد اليه المطى مثل مسجد النبى صلى الله عليه وسلم الذى وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت غير مساوية له فى الحرمة * واما سبب اختلافهم فى اعتكاف المرأة فمعارضة القياس ايضاً للاثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب ازواج النبى صلى الله عليه وسلم استأذنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاعتكاف فى المسجد فاذن لهن حين ضربن أخبيتهن فيه فكان هذا الاثر دليلا على جواز اعتكاف المرأة فى المسجد واما القياس المعارض لهذا فهو قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة المرأة فى بيتها افضل منها فى المسجد على ماجاء الخبر وجب ان يكون الاعتكاف فى بيتها افضل قالوا وانما يجوز للمرأة ان تعتكف فى المسجد مع زوجها فقط على نحو ماجاء فى الاثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام معه كما تسافر معه ولا تسافر مفردة وكانه نحو من الجمع بين القياس والاثر، واما زمان الاعتكاف فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاواخر من رمضان بل يجوز الدهر كله اما مطلقا عند من لا يرى الصوم من شروطه واما ماعدا الايام التى لا يجوز صومها عند من يرى الصوم من شروطه، واما اقله فانهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف لاعتكافه وفى الوقت الذى يخرج فيه منه، اما اقل زمان الاعتكاف فعند الشافعى وابى حنيفة واكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك فى ذلك فقيل ثلاثة ايام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه اقله عشرة ايام وعند البغداديين من اصحابه ان العشرة استحباب وان اقله يوم وليلة * والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للاثر اما القياس فانه

من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذ انعقاد صوم النهار انما يكون بالليل واما الاثر المعارض فما خرجه البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفى بنذره ولا معنى للنظر مع ثبوت ما ثبت من هذا الاثر واما اختلافهم فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة او يوما واحدا فان مالكا والشافعى وابا حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهر انه يدخل المسجد قبل غروب الشمس واما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعى قال من اراد ان يعتكف يوما واحد ادخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها واما مالك فقوله فى اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق ابو ثور بين نذر الليالى والايام فقال اذا نذر ان يعتكف عشرة ايام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الاوزاعى يدخل فى اعتكافه بعد صلاة الصبح * والسبب فى اختلافهم معارضة الاقيسة بعضها بعضا ومعارضة الاثر لجميعها وذلك انه من رأى ان اول الشهر ليلة واعتبر الليالى قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالى قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا اوجب من نذر يوما ان يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطلق على النهار اوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين ان ينذر اياما او ليالى * والحق ان اسم اليوم فى كلام العرب قد يقال على النهار مفرداً وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه ان يكون دلالته الاولى انما هى على النهار ودلالته على الليل بطريق اللزوم واما الاثر المخالف لهذه الاقيسة كلها فهو ما خرجه البخارى وغيره من اهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف فى رمضان واذا صلى الغداة دخل مكانه الذى كان يعتكف فيه ، واما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاواخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه وقال الشافعى وابو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجع الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه * وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هى من حكم العشر ام لا ، واما شروطه فثلاث النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا اعلم فيها اختلافا واما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعى الاعتكاف جائز بغير صوم

وبقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عنه فى ذلك وبقول الشافعى قال على وابن مسعود * والسبب فى اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع فى رمضان فمن رأى ان الصوم المقترن باعتكافه هو شرط فى الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لابد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصوداله عليه الصلاة والسلام فى الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك ايضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم فى آية واحدة وقد احتج الشافعى بحديث عمر المتقدم وهو انه امره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف ان لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج الا الى ما لابد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا فى مسجد جامع قال ابو عمر بن عبد البر لم يقل احد فى حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهرى وان كان الامر هكذا بطل ان يجرى مجرى المسند ، واما الشرط الثالث وهى المباشرة فانهم اجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة فى غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلفوا ايضا فى فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال ابو حنيفة ليس فى المباشرة فساد الا ان ينزل وللشافعى قولان ، احدهما مثل قول مالك ، والثانى مثل قول ابى حنيفة * وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والمجاز له عموم ام لا وهو احد انواع الاسم المشترك فمن ذهب الى ان له عموما قال ان المباشرة فى قوله تعالى (ولا تباشروهن وانتم عاكفون فى المساجد) ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموما وهو الاشهر الاكثر قال يدل اما على الجماع واما على ما دون الجماع فاذا قلنا انه يدل على الجماع باجماع بطل أن يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والمجاز معا ومن اجرى الانزال بمنزلة الوقاع فلانه فى معناه ومن خالف فلانه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة ، واختلفوا فيما يجب على المجامع فقال الجمهور لا شئ عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة المجامع فى رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال مجاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد اهدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر واصل الخلاف هل يجوز القياس فى الكفارة ام لا والاظهر انه لا يجوز واختلفوا فى مطلق النذر بالاعتكاف هل من شرطه

التتابع املا فقال مالك وابو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعى ليس من شرطه ذلك ✽ والسبب فى اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق

واما موانع الاعتكاف فاتفقوا على انها ماعدا الافعال التى هى اعمال المعتكف وانه لايجوز للمعتكف الخروج من المسجد الالحاجة الانسان اوماهو فى معناها مماتدعو اليه الضرورة لماثبت من حديث عائشة انهاقالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اعتكف يدنى الىّ رأسه وهو فى المسجد فأرجله وكان لايدخل البيت الى لحاجة الانسان واختلفوا اذاخرج لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعى ينتقض اعتكافه عنداول خروجه وبعضهم رخص فى الساعة وبعضهم فى اليوم واختلفوا هل له ان يدخل بيتاً غير بيت مسجده فرخص فيه بعضهم وهم الاكثر مالك والشافعى وابو حنيفة ورأى بعضهم ان ذلك يبطل اعتكافه واجاز مالك له البيع والشراء وان يلى عقد النكاح وخالفه غيره فى ذلك ✽ وسبب اختلافهم انه ليس فى ذلك حد منصوص عليه الا الاجتهاد وتشبيه مالم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه، واختلفوا ايضاً هل للمعتكف أن يشترط فعل شئ مما يمنعه الاعتكاف فينفعه شرطه فى الاباحة أم ليس ينفعه ذلك مثل ان يشترط شهود جنازة اوغير ذلك فاكثر الفقهاء على ان شرطه لاينفعه وانه ان فعل بطل اعتكافه وقال الشافعى ينفعه شرطه ✽ والسبب فى اختلافهم تشبيههم الاعتكاف بالحج فى أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط فى الحج انما صار اليه من رآه لحديث ضباعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : اهلى بالحج واشترطى أن تحلى حيث حبستى لكن هذا الاصل مختلف فيه فى الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم المخالف له، واختلفوا اذا اشترط التتابع فى النذر أوكان التتابع لازما لمطلق النذر عند من يرى ذلك ماهى الاشياء التى اذاقطعت الاعتكاف أوجبت الاستئناف أوالبناء مثل المرض فان منهم من قال اذا قطع المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وابى حنيفة والشافعى ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثورى ولاخلاف فيما أحسب عندهم ان الحائض تبنى، واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا اذا جن المعتكف أواغمى عليه هل يبنى أوليس يبنى بل يستقبل ✽ والسبب فى اختلافهم فى هذا الباب انه ليس فى هذه الاشياء شئ محدود من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم مااتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعنى بما اتفقوا عليه فى هذه العبادة اوفى العبادات التى من شرطها التتابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على ان اعتكاف المتطوع اذاقطع لغير عذر انه يجب

فيه القضاء لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرا من شوال

واما الواجب بالنذر فلا خلاف فى قضائه فيما احسب والجمهور على ان من اتى كبيرة انقطع اعتكافه فهذه جملة مارأينا ان نثبته فى اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما .

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر فى خمس جمل ، الجملة الاولى فى معرفة من تجب عليه ، الثانية فى معرفة ماتجب فيه من الاموال ، الثالثة فى معرفة كم تجب ومن كم تجب، الرابعة فى معرفة متى تجب ومتى لاتجب، الخامسة فى معرفة لمن تجب وكم يجب له، فامامعرفة وجوبها فمعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولاخلاف فى ذلك

(الجملة الاولى) واما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكاتاما واختلفوا فى وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد واهل الذمة والناقص الملك مثل الذى عليه الدين اوله الدين ومثال المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوما قالوا تجب الزكاة فى اموالهم وبه قال على وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعى والثورى واحمد واسحاق وابو ثور وغيرهم من فقهاء الامصار،وقال قوم ليس فى مال اليتيم صدقة اصلا وبه قال النخعى والحسن وسعيد بن جبير من التابعين، وفرق قوم بين ماتخرج الارض وبين مالاتخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو ابو حنيفة واصحابه ، وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا فى الناض ✽ وسبب اختلافهم فى ايجاب الزكاة عليه أولا ايجابها هو اختلافهم فى مفهوم الزكاة الشرعية هل هى عبادة كالصلاة والصيام أم هى حق واجب للفقراء على الاغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين فى اموال الاغنياء لم يعتبر فى ذلك بلوغا واما من فرق بين ماتخرجه الارض اولا تخرجه وبين الخفى والظاهر فلا اعلم له مستنداً فى هذا الوقت

واما اهل الذمة فان الاكثر على ان لا زكاة على جميعهم الا ماروت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى تغلب اعنى ان يؤخذ منهم مثلا مايؤخذ من المسلمين فى كل شىء وممن قال بهذا القول الشافعى وابو حنيفة واحمد والثورى وليس عن مالك فى ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لانه ثبت انه فعل عمر بن الخطاب بهم وكانهم رأوا ان مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه، واما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا لا زكاة فى اموالهم اصلا وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك واحمد وابى عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وابو حنيفة واصحابه واوجبت طائفة اخرى على العبد فى ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وابو ثور من الفقهاء واهل الظاهر او بعضهم، وجمهور من قال لا زكاة فى مال العبد هم على ان لا زكاة فى مال المكاتب حتى يعتق وقال ابو ثور فى مال المكاتب الزكاة * وسبب اختلافهم فى زكاة مال العبد اختلافهم فى هل يملك العبد ملكا تاما او غير تام فمن رأى انه لا يملك ملكا تاما وان السيد هو المالك اذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى انه لا واحد منهما يملكه ملكا تاما لا السيد اذ كانت يد العبد هى التى عليه لا يد السيد ولا العبد ايضاً لان للسيد انتزاعه منه قال لا زكاة فى ماله اصلا ومن رأى ان اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيها بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لا سيما من كان عنده ان الخطاب العام يتناول الاحرار والعبيد وان الزكاة عبادة تتعلق بالمكلف لتصرف اليد فى المال، واما المالكون الذين عليهم الديون التى تستغرق اموالهم او تستغرق ماتجب فيه الزكاة من اموالهم وبايديهم اموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال قوم لا زكاة فى مال حبا كان او غيره حتى تخرج منه الديون فان بقى ماتجب فيه الزكاة زكى والا فلا وبه قال الثورى وابو ثور وابن المبارك وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ما سواها وقال مالك الدين يمنع زكاة الناض فقط الا ان يكون له عروض فيها وفاء من دينه فانه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الاول وهو ان الدين لا يمنع زكاة اصلا * والسبب فى اختلافهم هل الزكاة عبادة او حق مرتب فى المال للمساكين فمن رأى انها حق لهم قال لا زكاة فى مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو فى الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده ومن قال هى عبادة قال تجب على من بيده مال لان ذلك هو شرط التكليف وعلامته المقتضية الوجوب على المكلف سواء كان عليه دين أو لم يكن

وايضا فانه قد تعارض هنالك حقان حق لله وحق للآدمى وحق الله احق ان يقضى والاشبه بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام : فيها صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغنى واما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين الناض وغير الناض فلا اعلم له شبهة بينة وقد كان ابو عبيد يقول انه ان كان لا يعلم ان عليه دينا الا بقوله لم يصدق وان علم ان عليه دينا لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافا لمن يقول باسقاط الدين الزكاة وانما هو خلاف لمن يقول يصدق فى الدين كما يصدق فى المال واما المال الذى هو فى الذمة اعنى فى ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه ايضا فقوم قالوا لا زكاة فيه وان قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القابض له وهو الحول وهو احد قولى الشافعى وبه قال الليث او هو قياس قوله وقوم قالوا اذا قبضه زكاه لما مضى من السنين وقال مالك يزكيه لحول واحد وان اقام عند المديان سنين اذا كان اصله عن عوض واما اذا كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفى المذهب تفصيل فى ذلك * ومن هذا الباب اختلافهم فى زكاة الثمار المحبسة الاصول وفى زكاة الارض المستأجرة على من تجب زكاة مايخرج منها هل على صاحب الارض او صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم فى ارض الخراج اذا انتقلت من اهل الخراج الى المسلمين وهم اهل العشر وفى ارض العشر وهى ارض المسلمين اذا انتقلت الى الخراج اعنى اهل الذمة وذلك انه يشبه ان يكون سبب الخلاف فى هذا كله انها املاك ناقصة.

(اما المسئلة الاولى) وهى زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعى كانا يوجبان فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لا زكاة فيها وفرق قوم بين ان تكون محبسة على المساكين وبين ان تكون على قوم باعيانهم فاوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على قوم باعيانهم ولم يوجبوا فيها الصدقة اذا كانت على المساكين ولا معنى لمن اوجبها على المساكين لانه يجتمع فى ذلك شيئان اثنان احدهما انها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم

(واما المسئلة الثانية) وهى الارض المستأجرة على من تجب زكاة ماتخرجه فان قوما قالوا الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعى والثورى وابن المبارك وابو ثور وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستأجر منه شىء * والسبب فى اختلافهم هل العشر حق الارض او حق الزرع او حق مجموعهما الا انه لم يقل احد انه حق

لمجموعهما وهو فى الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا فى ايهما هو اولى ان ينسب الى الموضع الذى فيه الاتفاق وهو كون الزرع والارض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه الشئ الذى تجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب ابو حنيفة الى انه للشئ الذى هو اصل الوجوب وهو الارض واما اختلافهم فى ارض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج ام ليس فيها عشر فان الجمهور على ان فيها العشر اعنى الزكاة وقال ابو حنيفة واصحابه ليس فيها عشر * وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض او حق الحب فان قلنا انه حق الأرض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجئ هذا الخلاف فيها لانها ملك ناقص كما قلنا ولذلك اختلف العلماء فى جواز بيع ارض الخراج واما اذا انتقلت ارض العشر الى الذمى يزرعها فان الجمهور على انه ليس فيها شئ وقال النعمان اذا اشترى الذمى ارض عشر تحولت ارض خراج فكانه رأى ان العشر هو حق ارض المسلمين والخراج هو حق ارض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت ارض الخراج الى المسلمين ان تعود ارض عشر كما ان عنده اذا انتقلت ارض العشر الى الذمى عادت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل الىق المواضع بذكرها هو هذا الباب، احداها اذا اخرج المرء الزكاة فضاعت، والثانية اذا امكن اخراجها فهلك بعض المال قبل الاخراج، والثالثة اذا مات وعليه زكاة، والرابعة اذا باع الزرع او الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه.

(فاما المسئلة الاولى) وهى اذا اخرج الزكاة فضاعت فان قوما قالوا تجزى عنه وقوم قالوا هو لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين ان يخرجها بعد ان امكنه اخراجها وبين ان يخرجها اول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم ان اخرجها بعد ايام من الامكان والوجوب ضمن وان اخرجها فى اول الوجوب ولم يقع منه تفريط لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقى وبه قال ابو ثور والشافعى وقال قوم بل يعد الذاهب من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين فى الباقى بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما ويبقيان شريكين على تلك النسبة فى الباقى فيتحصل فى المسئلة خمسة اقوال، قول انه لا يضمن باطلاق، وقول انه يضمن باطلاق، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقى، والقول الخامس يكونان شريكين فى الباقى

(واما المسئلة الثانية) اذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا يزكى ما بقى وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيع بعض مالهما * والسبب فى اختلافهم تشبيه الزكاة بالديون أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التى تتعلق بعين المال لا بذمة الذى يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكى الزكاة بالامناء قال اذا أخرج فهلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط واللاتفريط الحقهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط واما من قال اذا لم يفرط زكى ما بقى فانه شبه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكى الموجود فقط كذلك هذا انما يزكى الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب واما اذا وجبت الزكاة وتمكن من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما أحسب انه ضامن الا فى الماشية عند من رأى أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعى مع الحول وهو مذهب مالك .

(واما المسئلة الثالثة) وهى اذا مات بعد وجوب الزكات عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعى واحمد واسحاق وابو ثور وقوم قالوا ان أوصى بها اخرجت عنه من الثلث والا فلا شئ عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية واما اختلافهم فى المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشترى بقيمته على البائع وبه قال ابو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة المشترى بالخيار بين انفاذ البيع ورده والعشر مأخوذ من الثمرة او من الحب الذى وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتفويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة فى ذمة المتلف والمفوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تفويت له وانما هو بمنزلة من باع ما ليس له قال الزكاة فى عين المال ثم هل البيع مفسوخ او غير مفسوخ نظر آخر يذكر فى باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع اختلافهم فى زكاة المال الموهوب وفى بعض هذه المسائل التى ذكرنا تفصيل فى المذهب لم نر ان نتعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء أسباب

تلك الفروق لانها أكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التى تزكى من التى لا تزكى والديون المسقطة للزكاة من التى لا تسقطها فهذا ما رأينا أن نذكره فى هذه الجملة وهى معرفة من تجب عليه الزكاة وشروط الملك التى تجب به واحكام من تجب عليه وقد بقى من احكامه حكم مشهور وهو ماذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب ابو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم فى مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسبى ذريتهم وخالفه فى ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من الفرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه فمنهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة اذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم اهل السنة على انه ليس يشترط فيه اعنى فى اعتقاد الايمان الذى ضده الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم: امرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا بى فاشترط مع العلم القول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قال جميع الاعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التى اتفق الجمهور على انها ليست شرطاً فى العلم الذى هو الايمان قال التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذى عليه الجمهور .

(الجملة الثانية) واما ما تجب فيه الزكاة من الاموال فانهم اتفقوا منها على اشياء واختلفوا فى اشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وثلاثة اصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفى الزيت خلاف شاذ . واختلفوا اما من الذهب ففى الحلى فقط وذلك انه ذهب فقهاء الحجاز مالك والليث والشافعى الى انه لا زكاة فيه اذا أريد للزينة واللباس وقال ابو حنيفة واصحابه فيه الزكاة * والسبب فى اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة فى جميع الاشياء فمن شبهه بالعروض التى المقصود منها المنافع أولا قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التى المقصود منها المعاملة بها اولا قال فيه الزكاة ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى ذلك وذلك انه روى جابر عن النبى

عليه الصلاة والسلام انه قال : ليس فى الحلى زكاة وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان أمرة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعها ابنة لها وفى يد ابنتها مسك من ذهب فقال لها أتؤدين زكاة هذا قالت لا قال: أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والاثران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكون السبب الاملك لاختلافهم تردد الحلى المتخذ للباس بين التبر والفضة اللذين المقصود منهما أولا المعاملة لا الانتفاع وبين العروض التى المقصود منها بالوضع الاول خلاف المقصود من التبر والفضة اعنى الانتفاع بها لا المعاملة واعنى بالمعاملة كونها ثمنا واختلف قول مالك فى الحلى المتخذ للكراء فمرة شبهه بالحلى المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة * واما ما اختلفوا فيه من الحيوان فمنه ما اختلفوا فى نوعه ومنه ما اختلفوا فى صنفه، اما ما اختلفوا فى نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لا زكاة فى الخيل فذهب ابو حنيفة الى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة اعنى اذا كانت ذكرانا واناثا * والسبب فى اختلافهم معارضة القياس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للفظ فيها اما اللفظ الذى يقتضى الا زكاة فيها فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس على المسلم فى عبده ولا فرسه صدقة واما القياس الذى عارض هذا العموم فهو ان الخيل السائمة حيوان مقصود به النماء والنسل فاشبه الابل والبقر واما اللفظ الذى يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل : ولم ينس حق الله فى رقابها ولا ظهورها فذهب ابو حنيفة الى ان حق الله هو الزكاة وذلك فى السائمة منها (قال القاضى) وان يكون هذا اللفظ مجملا أحرى منه ان يكون عاما فيحتج به فى الزكاة وخالف ابا حنيفة فى هذه المسئلة صاحباه ابو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضى الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فقيل انه كان باختيار منهم * واما ما اختلفوا فى صنفه فهى السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوما أوجبوا الزكاة فى هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت او غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لا زكاة فى غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع * وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فقوله عليه الصلاة والسلام: فى أربعين شاة شاة واما المقيد فقوله عليه الصلاة والسلام : فى سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيد قال الزكاة فى السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيد قال الزكاة فى السائمة منها فقط ويشبه ان يقال ان من سبب الخلاف فى ذلك ايضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب فى قوله

عليه الصلاة والسلام : فى سائمة الغنم الزكاة يقتضى ان لازكاة فى غير السائمة وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : فى اربعين شاة شاة يقتضى ان السائمة فى هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم اقوى من دليل الخطاب كما ان تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد وذهب ابو محمد بن حزم الى ان المطلق يقضى على المقيد وان فى الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة وكذلك فى الابل لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة، وان البقر لما لم يثبت فيها اثر وجب ان تمسك فيها بالاجماع وهو ان الزكاة فى السائمة منها فقط فتكون التفرقة بين البقر وغيرها قولا ثالثا واما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: فى اربعين شاة شاة فهو ان السائمة هى التى المقصود منها النماء والربح وهو الموجود فيها اكثر ذلك والزكاة انما هى فضلات الاموال والفضلات انما توجد اكثر ذلك فى الاموال السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فمن خصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة فى غير السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى ان العموم اقوى اوجب ذلك فى الصنفين جميعا فهذا هو ما اختلفوا فيه من الحيوان التى تجب فيه الزكاة واجمعوا على انه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة الا العسل فانهم اختلفوا فيه فالجمهور على انه لازكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح الاثر الوارد فى ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام: فى كل عشرة ازق زق خرجه الترمذى وغيره واما ما اختلفوا فيه من النبات بعد اتفاقهم على الاصناف الاربعة التى ذكرناها فهو جنس النبات الذى تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة الا فى تلك الاربع فقط وبه قال ابن ابى ليلى وسفيان الثورى وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة فى جميع المدخر المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعى ومنهم من قال الزكاة فى كل ما تخرجه الارض ماعدا الحشيش والحطب والقصب وهو ابو حنيفة * وسبب الخلاف امابين من قصر الزكاة على الاصناف المجمع عليها وبين من عدّاها الى المدخر المقتات فهو اختلافهم فى تعلق الزكاة بهذه الاصناف الاربعة هل هو لعينها اولعلة فيها وهى الاقتيات فمن قال لعينها قصر الوجوب عليها ومن قال لعلة الاقتيات عدّى الوجوب لجميع المقتات * وسبب الخلاف بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عدّاه الى جميع ماتخرجه الارض الا ماوقع عليه الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ اما اللفظ الذى يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام : فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وما بمعنى الذى والذى من الفاظ العموم وقوله تعالى (وهو الذى انشا جنات

معروشات) الآية الى قوله (وآتوا حقه يوم حصاده) واما القياس فهو ان الزكاة انما المقصود منها سد الخلة وذلك لايكون غالبا الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم اوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه الاجماع والذين اتفقوا على المقتات اختلفوا فى أشياء من قبل اختلافهم فيها هل هى مقتاتة أم ليست بمقتاتة وهل يقاس على ما اتفق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعى فى الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعى فى قوله الاخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف اصحاب مالك فى ايجاب الزكاة فى التين اولا ايجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تجب فى الثمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه (وهو الذى أنشأ جنات معروشات وغير معروشات) الآية ومن فرق فى الآية بين الثمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجه ضعيف واتفقوا على ان لازكاة فى العروض التى لم يقصد بها التجارة واختلفوا فى ايجاب الزكاة فيما اتخذ منها للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك اهل الظاهر * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم فى تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا ان نخرج الزكاة مما نعده للبيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: أدّ زكاة البر واما القياس الذى اعتمده الجمهور فهو ان العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة التى فيها الزكاة باتفاق اعنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوى ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة اعنى اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافه وفيه ضعف .

(الجملة الثالثة) واما معرفة النصاب فى واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذى فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك اعنى فى عينه وقدره فانا نذكر من ذلك ما اتفقوا عليه واختلفوا فيه فى جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين اتفقوا عليه ولنجعل الكلام فى ذلك فى فصول ، الفصل الاول فى الذهب والفضة ، الثانى فى الابل ، الثالث فى الغنم ، الرابع فى البقر ، الخامس فى النبات ، السادس فى العروض .

﴿ الفصل الاول ﴾

اما المقدار الذى تجب فيه الزكاة من الفضة فانهم اتفقوا على انه خمس اواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت: ليس فيما دون خمس اواق من الورق صدقة ماعدا المعدن من الفضة فانهم اختلفوا فى اشتراط النصاب منه وفى المقدار الواجب فيه والاوقية عندهم اربعون درهما كيلا واما القدر الواجب فيه فانهم اتفقوا على ان الواجب فى ذلك هو ربع العشر اعنى فى الفضة والذهب معاً مالم يكونا خرجا من معدن واختلفوا من هذا الباب فى مواضع خمسة احدها فى نصاب الذهب ، والثانى هل فيهما اوقاص أم لا اعنى هل فوق النصاب قدر لا تزيد الزكاة بزيادته ، والثالث هل يضم بعضها الى بعض فى الزكاة فيعدان كصنف واحد اعنى عند اقامة النصاب ام هما صنفان مختلفان ، والرابع هل من شرط النصاب ان يكون المالك واحداً لا اثنين ، الخامس فى اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

(اما المسئلة الاولى) وهى اختلافهم فى نصاب الذهب فان اكثر العلماء على ان الزكاة تجب فى عشرين ديناراً وزنا كما تجب فى مائتى درهم هذا مذهب مالك والشافعى وابى حنيفة واصحابهم واحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن ابى الحسن البصرى واكثر اصحاب داود بن على ليس فى الذهب شئ حتى يبلغ اربعين ديناراً ففيها ربع عشرها دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس فى الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتى درهم او قيمتها فاذا بلغت ففيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً او اقل او اكثر هذا فيما كان منها دون الاربعين ديناراً فاذا بلغت اربعين دينارا كان الاعتبار بها نفسها لا بالدراهم لا صرفا ولا قيمة * وسبب اختلافهم فى نصاب الذهب انه لم يثبت فى ذلك شئ عن النبى صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك فى نصاب الفضة وماروى الحسن بن عمارة من حديث على انه عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين دينارا نصف دينار فليس عند الاكثر مما يجب العمل به لانفراد الحسن بن عمارة به فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتمد فى ذلك على الاجماع وهو اتفاقهم على وجوبها فى الاربعين واما مالك فاعتمد فى ذلك على العمل ولذلك قال فى الموطأ السنة التى لا اختلاف فيها عندنا ان الزكاة تجب فى عشرين دينارا كما تجب فى مائتى درهم

واما الذين جعلوا الزكاة فيما دون الاربعين تبعاً للدراهم فانه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الفضة هى الاصل اذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تابعاً لها فى القيمة لا فى

الوزن وذلك فيما دون موضع الاجماع ولما قيل ايضاً ان الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء فى بعض الآثار: ليس فيما دون خمس أواق من الرقة صدقة .

(المسئلة الثانية) واما اختلافهم فيما زاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان مازاد على مائتى درهم من الوزن ففيه بحساب ذلك اعنى ربع العشر وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وابو يوسف ومحمد صاحبا ابى حنيفة واحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من اهل العلم أكثرهم اهل العراق لا شئ فيما زاد على المائتى درهم حتى تبلغ الزيادة اربعين درهما فاذا بلغتها كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال ابو حنيفة وزفر وطائفة من اصحابهما * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث الحسن بن عمارة ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين اصلين فى هذا الباب مختلفين فى هذا الحكم وهى الماشية والحبوب اما حديث الحسن بن عمارة فانه رواه عن ابى اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن على عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق فهاتوا من الرقة ربع العشر من كل مائتى درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينارا نصف دينار وليس فى مائتى درهم شئ حتى يحول عليها الحول ففيها خمسة دراهم فمازاد ففى كل اربعين درهما درهم وفى كل اربعة دنانير تزيد على العشرين دينارا درهم حتى تبلغ اربعين دينارا ففى كل اربعين دينار وفى كل اربعة وعشرين نصف دينار و درهم

واما دليل الخطاب المعارض له فقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيما دون خمس اواق من الرقة صدقة ومفهومه ان فيما زاد على ذلك الصدقة قل او كثر

واما ترددهما بين الاصلين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد فى الماشية واجمعوا على أنه لا اوقاص فى الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لا وقص .

(واما المسئلة الثالثة) وهى ضم الذهب الى الفضة فى الزكاة فان عند مالك وابى حنيفة وجماعة انها تضم الدارهم الى الدنانير فاذا كمل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعى وابو ثور وداود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لعينه ام لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤس الاموال وقيم المتلفات فمن رأى ان المعتبر فى كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم احدهما الى الثانى كالحال فى البقر والغنم ومن رأى ان المعتبر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذى قلناه اوجب ضم بعضهما الى بعض ويشبه ان يكون الاظهر

اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات انفسها وان كان قد يوهم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذى اعتمد مالك رحمه الله فى هذا الباب وفى باب الربا والذين اجازوا ضمهما اختلفوا فى صفة الضم فرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فمن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة فى وقت الزكاة فمن كانت عنده مثلا مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة اومن كانت عنده مائة درهم تساوى احد عشر مثقالا وتسعة مثاقيل وجبت عليه ايضاً فيهما الزكاة وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثورى الا انه يراعى الاحوط للمساكين فى الضم اعنى القيمة اوالصرف المحدود ومنهم من قال يضم الاقل منها الى الاكثر ولا يضم الاكثر الى الاقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها ابداً كانت الدنانير اقل من الدراهم او اكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم اصل والدنانير فرع اذ كان لم يثبت فى الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أربعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من احدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم فى تكميل النصاب اذا لم يكن فى واحد منهما نصاب بل فى مجموعهما * وسبب هذا الارتباك ما راموه من ان يجعلوا من شيئين نصابهما مختلف فى الوزن نصابا واحدا وهذا كله لا معنى له ولعل من رام ضم احدهما الى الآخر فقد احدث حكما فى الشرع حيث لا حكم لانه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل فى عادة التكليف والامر بالبيان ان يكون فى امثال هذه الاشياء المحتملة حكم مخصوص فيسكت عنه الشارع حتى يكون سكوته سبباً لان يعرض فيه من الاختلاف ما مقداره هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

(واما المسئلة الرابعة) فان عند مالك وابى حنيفة ان الشريكين ليس يجب على احدهما زكاة حتى يكون لكل واحد منهما نصاب وعند الشافعى ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة فان هذا القدر يمكن ان يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لمالك واحد فقط ويمكن ان يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لمالك واحد او اكثر من مالك واحد الا انه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الرفق فواجب ان يكون النصاب من شرطه ان يكون لمالك واحد وهو الاظهر والله اعلم والشافعى كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة فى الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتى بعد .

(واما المسئلة الخامسة) وهى اختلافهم فى اعتبار النصاب فى المعدن وقدر الواجب فيه فان مالكا والشافعى راعيا النصاب فى المعدن وانما الخلاف بينهما ان مالكا لم يشترط الحول واشترطه الشافعى على ما سنقول بعد فى الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر. واما ابو حنيفة فلم ير فيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف فى ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لانه قال عليه الصلاة والسلام : وفى الركاز الخمس وروى اشهب عن مالك ان المعدن الذى يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس * فسبب اختلافهم فى هذا هو اختلافهم فى دلالة اللفظ وهو احد اسباب الاختلافات العامة التى ذكرناها .

﴿ الفصل الثانى فى نصاب الابل والواجب فيه ﴾

واجمع المسلمون على ان فى كل خمس من الابل شاة الى اربع وعشرين فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها ابنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم تكن ابنة مخاض فابن لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها ابنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت واحد اوستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها ابنتا لبون الى تسعين فاذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله فى كتاب الصدقة الذى امر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده ابو بكر وعمر واختلفوا منها فى مواضع منها فيما زاد على العشرين والمائة ومنها اذا عدم السن الواجبة عليه وعنده السن الذى فوقه اوالذى تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة فى صغار الابل وان وجبت فما الواجب .

(فاما المسئلة الاولى) وهى اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مالكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة فالمصدق بالخيار ان شاء اخذ ثلاث بنات لبون وان شاء اخذ حقتين الى ان تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن القاسم من اصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى ان تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعى وقال عبد الملك بن الماجشون من اصحاب مالك بل يأخذ الساعى حقتين فقط من غير خيار الى ان تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون ابو حنيفة واصحابه والثورى اذا زادت على عشرين ومائة عادت الفريضة على اولها ومعنى عودها ان يكون عندهم فى كل

خمس ذود شاة فاذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها حقتان وشاة الحقتان للمائة والعشرين والشاة للخمس فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها حقتان وشاتان فاذا كانت خمسا وثلاثين ففيها حقتان وثلاث شياه الى اربعين ومائة ففيها حقتان واربع شياه الى خمس واربعين ومائة فاذا بلغتها ففيها حقتان وابنة مخاض الحقتان للمائة والعشرين وابنة المخاض للخمس وعشرين كما كانت فى الفرض الاول الى خمسين ومائة فاذا بلغتها ففيها ثلاث حقاق فاذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى ان تبلغ مائتين فيكون فيها اربع حقاق ثم يستقبل بها الفريضة

واما ماعدا الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على ان مازاد على المائة والثلاثين ففى كل اربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم فى عودة الفرض اولا عودته اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ثبت فى كتاب الصدقة انه قال عليه الصلاة والسلام : فما زاد على العشرين ومائة ففى كل اربعين بنت لبون وفى كل خمسين حقة وروى من طريق ابى بكر بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استونفت الفريضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذ هو اثبت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول على وابن مسعود قالوا ولا يصح ان يكون مثل هذا الا توقيفا اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * واما سبب اختلاف مالك واصحابه والشافعى فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى ان مابين المائة وعشرين الى ان يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شئ ظاهر حتى يبلغ مأة وثلثين وهو ظاهر الحديث واما الشافعى وابن القاسم فانما ذهبا الى ان فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب فى كتاب الصدقة انها اذا بلغت احدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الاثر الثابت للتفسير الذى فى هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الاثر للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعى حملا المجمل على المفصل المفسر واما تخيير مالك الساعى فكانه جمع بين الاثرين والله اعلم .

(واما المسئلة الثانية) وهو اذا عدم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن

الذى فوق هذا السن او تحته فان مالكا قال يكلف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده أحط أوشاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما أوشاتين وهذا ثابت فى كتاب الصدقة فلا معنى للمنازعة فيه ولعل مالكا لم يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعى وابو ثور وقال ابو حنيفة الواجب عليه القيمة على اصله فى اخراج القيم فى الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده ومابينهما من القيمة .

(واما المسئلة الثالثة) وهى هل تجب فى صغار الابل وان وجبت فماذا يكلف فان قوماً قالوا تجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا تجب * وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أولا يتناوله والذين قالوا لا تجب فيها زكاة هو ابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عقلة انه قال اتانا مصدق النبي عليه الصلاة والسلام فاتيته فجلست اليه فسمعته يقول ان فى عهدى ان لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوماء فابى ان يأخذها والذين اوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكلف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس وبنحو هذا الاختلاف اختلفوا فى صغار البقر وسخال الغنم .

﴿ الفصل الثالث فى نصاب البقر وقدر الواجب فى ذلك ﴾

جمهور العلماء على ان فى ثلاثين من البقر تبيعا وفى أربعين مسنة وقالت طائفة فى كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين ففيها تبيع وقيل اذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بقرة الى خمس وسبعين ففيها بقرتان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين ففى كل اربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعى واحمد والثورى وجماعة ان لاشئ فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين ففيها تبيعان الى سبعين ففيها مسنة وتبيع الى ثمانين ففيها مسنتان الى تسعين ففيها ثلاثة أتبعة الى مائة ففيها تبيعان ومسنة ثم هكذا مازاد ففى كل ثلاثين تبيع وفى كل اربعين مسنة * وسبب اختلافهم فى النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرجه الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار فى الوقص فى البقر انه جاء فى حديث معاذ هذا انه توقف فى الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبي عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى

الله عليه وسلم فلما لم يرد فى ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاسها على الابل والغنم لم ير فى الاوقاص شيئاً ومن قال ان الاصل ان فى الاوقاص الزكاة الا ما استثناه الدليل من ذلك وجب لا يكون عنده فى البقر وقص اذ لا دليل هنالك من اجماع ولا غيره

﴿ الفصل الرابع فى نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك ﴾

واجمعوا من هذا الباب على ان فى سائمة الغنم اذا بلغت اربعين شاة شاة الى عشرين ومائة فاذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت على المائتين فثلاث شياه الى ثلاثمائة فاذا زادت على الثلاثمائة ففى كل مائة شاة وذلك عند الجمهور الا الحسن بن صالح فانه قال اذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة ان فيها اربع شياه واذا كانت اربعمائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن ابراهيم والآثار الثابتة المرفوعة فى كتاب الصدقة على ما قال الجمهور واتفقوا على ان المعز تضم مع الغنم واختلفوا من أىّ صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من الاكثر عددا فان استوت خير الساعى وقال ابو حنيفة بل الساعى يخير اذا اختلفت الاصناف وقال الشافعى يأخذ الوسط من الاصناف المختلفة لقول عمر رضى الله عنه نعد عليهم بالسخلة يحملها الراعى ولا نأخذها ولا نأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم ونأخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين خيار المال و وسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الامصار على انه لا يؤخذ فى الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك فى كتاب الصدقة الا ان يرى المصدق ان ذلك خير للمساكين واختلفوا فى العميا وذات العلة هل تعد على صاحب المال ام لا فرأى مالك والشافعى ان تعد وروى عن ابى حنيفة انها لا تعد * وسبب اختلافهم هل مطلق الاسم يتناول الاصحاء والمرضى ام لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب فى نسل الامهات هل تعد مع الامهات فيكمل النصاب بها اذا لم يبلغ نصابا فقال مالك يعد بها وقال الشافعى وابو حنيفة وابو ثور لا يعد بالسخال الا ان تكون الامهات نصابا * وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضى الله عنه اذ أمر ان تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شىء فان قوما فهموا من هذا اذا كانت الامهات نصابا وقوم فهموا هذا مطلقا واحسب ان اهل الظاهر لا يوجبون فى السخال شيأ ولا يعدون بها كانت الامهات نصابا ولا لم تكن لان اسم الجنس لا ينطلق عليها عندهم واكثر الفقهاء على ان للخلطة تأثيراً فى قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير فى قدر النصاب ام لا واما ابو حنيفة واصحابه فلم يروا للخلطة تأثيرا لا فى قدر الواجب ولا فى قدر

النصاب وتفسير ذلك ان مالكا والشافعى واكثر فقهاء الامصار اتفقوا على أن الخلطاء يزكون زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك فى موضعين أحدهما فى نصاب الخلطاء هل يعد نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب اولم يكن ام انما يزكون زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب، والثانى فى صفة الخلطة التى لها تأثير فى ذلك . واما اختلافهم اولا فى هل للخلطة تأثير فى النصاب وفى الواجب اوليس لها تأثير * فسبب اختلافهم فى مفهوم ما ثبت فى كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام: لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين رأوا للخلطة تأثيرا ما فى النصاب والقدر الواجب اوفى القدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه الصلاة والسلام: وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة اما فى الزكاة عند مالك واصحابه اعنى فى قدر الواجب واما فى الزكاة والنصاب معاً عند الشافعى واصحابه واما الذين لم يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشريكين قد يقال لهما خليطان ويحتمل أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهى للسعاة ان يقسم ملك الرجل الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى اربعين ثلاث مرات او يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال فى هذا الحديث وجب الا تخصص به الاصول الثابتة المجمع عليها اعنى أن النصاب والحق الواجب فى الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد واما الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر فى الخلطة نفسها منه فى الشركة واذا كان ذلك كذلك فقوله عليه الصلاة والسلام فيهما: انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام: انهما يتراجعان بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشريكين ليس يتصور بينهما تراجع اذ المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان انما يزكيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب تابعاً لحكم الحق الواجب قال نصابهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل

الواحد وكل واحد من هؤلاء انزل قوله عليه الصلاة والسلام: لايجمع بين مفترق ولايفرق بين مجتمع على ماذهب اليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لايفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولايجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوها كان عليهم شاة واحد فعلى مذهبه النهى انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب واما الشافعى فقال معنى قوله ولايفرق بين مجتمع ان يكون رجلان لهما اربعون شاة فاذا فرقا غنمهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد فى الحكم واما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هى الخلطة المؤثرة فى الزكاة فاما الشافعى فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ماشيتهما وتراحا لواحد وتحلبا لواحد وتسرحا الوحد وتسقيا معاً وتكون فحولهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لايعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشريكين كما تقدم واما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا فى الدلو والحوض والمراح والراعى والفحل واختلف اصحابه فى مراعاة بعض هذه الاوصاف اوجميعها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة فى الزكاة وهو مذهب أبى محمد بن حزم الاندلسى .

﴿ الفصل الخامس ﴾

(فى نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب فى ذلك)

واجمعوا على ان الواجب فى الحبوب اماماسقى بالسماء فالعشر واماماسقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم واما النصاب فانهم اختلفوا فى وجوبه فى هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة اوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعة امداد بمد النبى عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مده رطل وثلث وزيادة يسيرة بالبغدادى واليه رجع ابو يوسف حين ناظره مالك على مذهب اهل العراق لشهادة اهل المدينة بذلك وكان ابو حنيفة يقول فى المد انه رطلان وفى الصاع انه ثمانية أرطال وقال ابو حنيفة ليس فى الحبوب والثمار نصاب* وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص اما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام: فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر واما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمسة اوسق

صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى ان الخصوص يبنى على العموم قال لابد من النصاب وهو المشهور ومن رأى ان العموم والخصوص متعارضان اذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر اذ كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالخصوص اذ كل ما وجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لانصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم فى الجزء الذى تعارضا فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بناءً فان التعارض بينهما موجود الا ان يكون الخصوص متصلا بالعموم فيكون استثناء واحتجاج ابى حنيفة فى النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث انما خرج مخرج تبيين القدر الواجب منه واختلفوا من هذا الباب فى النصاب فى ثلاث مسائل. المسئلة الاولى فى ضم الحبوب بعضها الى بعض فى النصاب. الثانية فى جواز تقدير النصاب فى العنب والتمر بالخرص. الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمره وزرعه قبل الحصاد والجذاذ فى النصاب ام لا.

(اما المسئلة الاولى) فانهم اجمعوا على ان الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما اعنى من الجيد والردئ فان كان التمر اصنافا اخذ من وسطه واختلفوا فى ضم القطانى بعضها الى بعض وفى ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت ايضا وقال الشافعى وابو حنيفة واحمد وجماعة القطانى كلها اصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره فى حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم اصناف ثلاثة لايضم واحد منها الى الآخر لتكميل النصاب * وسبب الخلاف هل المراعاة فى الصنف الواحد هو اتفاق المنافع او اتفاق الاسماء فمن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلف اسماؤها فهى اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما اتفقت منافعها فهى صنف واحد وان اختلفت اسماؤها فكل واحد منهما يروم ان يقرر قاعدته باستقراء الشرع اعنى ان احدهما يحتج لمذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والآخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع ويشبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة اكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع والله اعلم .

(واما المسئلة الثانية) وهى تقدير النصاب بالخرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الخرص فى النخيل والاعناب حين يبدو صلاحها للضرورة ان يخلى بينها وبين اهلها يأكلونها رطباً وقال داود لاخرص الا فى النخيل فقط وقال ابو حنيفة وصاحباه الخرص باطل وعلى رب المال ان يؤدى عشر ماتحصل بيده زاد على الخرص اونقص منه * والسبب فى اختلافهم فى جواز الخرص معارضة الاصول للاثر الوارد فى ذلك . اما الاثر الوارد فى ذلك وهو الذى تمسك به الجمهور فهو ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرسل عبدالله بن رواحة وغيره الى خيبر فيخرص عليهم النخل . واما الاصول التى تعارضه فلانه من باب المزابنة المنهى عنها وهو بيع التمر فى رؤس النخل بالتمر كيلا ولانه ايضا من باب بيع الرطب بالتمر نسيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن النسيئة وكلاهما من اصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الخرص الذى كان يخرص على اهل خيبر لم يكن للزكاة اذ كانوا ليسوا باهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تخميناً ليعلم مابايدى كل قوم من الثمار قال (القاضى) اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان فى القسمة لماروى ان عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الخرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلى اعنى فى قسمة الثمار لا فى قسمة الحب . واما بحسب حديث عائشة الذى رواه ابوداود فانما الخرص لموضع النصيب الواجب عليهم فى ذلك والحديث هو انها قالت وهى تذكر شأن خيبر كان النبى صلى الله عليه وسلم : يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وخرص الثمار لم يخرجه الشيخان وكيفما كان فالخرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكما منه على المسلمين فان الحكم لوثبت على اهل الذمة ليس يجب ان يكون حكما على المسلمين الا بدليل والله اعلم ولوصح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الخرص بيناً والله اعلم وحديث عتاب بن اسيد هو انه قال امرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان اخرص العنب و آخذ زكاته زبيباً كماتؤخذ زكاة النخل تمرا وحديث عتاب بن اسيد طعن فيه لان روايه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يجز داود خرص العنب واختلف من اوجب الزكاة فى الزيتون فى جواز خرصه * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قياسه فى ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل فى الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة فى الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك فى العنب الذى لا يتزبب والزيتون

الذى لا ينعصر ارى ان يؤخذ منه حباً .

(واما المسئلة الثالثة) فان مالكا واباحنيفة قالا يحسب على الرجل ما اكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد فى النصاب وقال الشافعى لايحسب عليه ويترك الخارص لرب المال مايأكل هو واهله * والسبب فى اختلافهم مايعارض الآثار فى ذلك من الكتاب والقياس اما السنة فى ذلك فمارواه سهل بن ابى حثمة ان النبى صلى الله عليه وسلم بعث ابا حثمة خارصا فجاء رجل فقال يارسول الله ان ابا حثمة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان ابن عمك يزعم انك زدت عليه فقال يارسول الله لقد تركت له قدر عرية اهله ومايطعمه المساكين وما تسقطه الريح فقال قد زادك ابن عمك وانصفك وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: خففوا فى الخرص فان فى المال العرية والاكلة والوصية والعامل والنوائب وما وجب فى الثمر من الحق . واما الكتاب المعارض لهذه الآثار والقياس فقوله تعالى (كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده). واما القياس فلانه مال فوجبت فيه الزكاة اصله سائر الاموال فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بقدر الواجب فى الزكاة والواجب منه فى هذه الاجناس الثلاثة التى الزكاة مخرجة من اعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان انفسها انها مجزية واختلفوا هل يجوز فيها ان يخرج بدل العين القيمة اولا يجوز فقال مالك والشافعى لايجوز اخراج القيم فى الزكوات بدل المنصوص عليه فى الزكوات وقال ابوحنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه اولم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة اوحق واجب للمساكين فمن قال انها عبادة قال ان اخرج من غير تلك الاعيان لم يجز لانه اذا اتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهى فاسدة ومن قال هى حق للمساكين فلافرق بين القيمة والعين عنده وقدقالت الشافعية لنا ان نقول وان سلمنا انها حق للمساكين ان الشارع انما علق الحق بالعين قصدا منه لتشريك الفقراء مع الاغنياء فى اعيان الاموال والحنفية تقول انما خصت بالذكر اعيان الاموال تسهيلا على ارباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذى بين يديه ولذلك جاء فى بعض الآثار انه جعل فى الدية على اهل الحلل حللا على مايأتى فى كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس فى نصاب العروض ﴾

والنصاب فى العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما تخذ منها للبيع خاصة على مايقدر

قبل والنصاب فيها على مذهبهم هو النصاب فى العين اذ كانت هذه هى قيم المتلفات ورؤس الاموال وكذلك الحول فى العروض عند الذين اوجبوا الزكاة فى العروض فان مالكا قال اذا باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال فى الدين وذلك عنده فى التاجر الذى تنضبط له اوقات شراء عروضه واما الذين لاينضبط لهم وقت مايبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصون باسم المدير فحكم هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الحول من يوم ابتداء تجارتهم ان يقوم مابيده من العروض ثم يضم الى ذلك مابيده من العين وماله من الدين الذى يرتجى قبضه ان لم يكن عليه دين مثله وذلك بخلاف قوله فى دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا ادى زكاته و سواء نض له فى عامه شئ من العين اولم ينض بلغ نصابا اولم يبلغ نصابا و هذه رواية ابن الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن عليه فى العروض شئ فمنهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذى شرطه منهم من اعتبر فيه النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال المزنى زكاة العروض تكون من اعيانها لامن اثمانها وقال الجمهور الشافعى وابو حنيفة واحمد والثورى والاوزاعى وغيرهم المدير وغير المدير حكمه واحد وانه من اشترى عرضا للتجارة فحال عليه الحول قومه وزكاه وقال قوم بل يزكى ثمنه الذى ابتاعه به لاقيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لان الحول انما يشترط فى عين المال لافى نوعه واما مالك فشبه النوع ههنا بالعين لئلا تسقط الزكاة رأسا عن المدير وهذا هو بان يكون شرعا زائدا اشبه منه بان يكون شرعا مستنبطاً من شرع ثابت ومثل هذا هو الذى يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذى لايستند الى اصل منصوص عليه فى الشرع الا ما يعقل من المصلحة الشرعية فيه و مالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى اصول منصوص عليها .

(الجملة الرابعة فى وقت الزكاة) واما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون فى وجوب الزكاة فى الذهب والفضة والماشية الحول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولانتشاره فى الصحابة رضى الله عنهم ولانتشار العمل به ولاعتقادهم ان مثل هذا الانتشار من غير خلاف لايجوز ان يكون الا عن توقيف وقد روى مرفوعا من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس فيه فى الصدر الاول خلاف الا ماروى عن ابن عباس ومعاوية * وسبب الاختلاف انه لم يرد فى ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب فى مسائل ثمانية مشهورة، احداها هل

يشترط الحول فى المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر، الثانية فى اعتبار حول ربح المال، الثالثة فى حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة، الرابعة فى اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة، الخامسة فى اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة، السادسة فى حول فائدة الماشية، السابعة فى حول نسل الغنم اذا قلنا انها تضم الى الامهات اما على رأى من يشترط ان تكون الامهات نصابا وهو الشافعى وابو حنيفة واما على مذهب من لايشترط ذلك وهو مذهب مالك، والثامنة فى جواز اخراج الزكاة قبل الحول.

(اما المسئلة الاولى) وهى المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب واما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول * وسبب اختلافهم تردد شبهه بين ماتخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المقتنيين فمن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المقتنيين اوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله اعلم .

(المسئلة الثانية) واما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعى ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصابا اولم يكن وهو مروى عن عمر ابن عبد العزيز انه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصابا او اقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصابا قال ابو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا اصحابه وفرق قوم بين ان يكون رأس المال الحائل عليه الحول نصابا اولا يكون فقالوا ان كان نصابا زكى الربح مع رأس ماله وان لم يك نصابا لم يزك وممن قال بهذا القول الاوزاعى وابو ثور وابو حنيفة * وسبب اختلافهم تردد الربح بين ان يكون حكمه حكم المال المستفاد او حكم الاصل فمن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا ان من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لايكون الا اذا كان نصابا ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل فى مذهب مالك ويشبه ان يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه فى ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم مختلف ايضاً فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور .

(واما المسئلة الثالثة) وهى حول الفوائد فانهم أجمعوا على ان المال اذا كان اقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالا وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد

ان كان نصابا لحوله ولايضم الى المال الذى وجبت فيه الزكاة وبهذا القول فى الفوائد قال الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه والثورى الفوائد كلها تزكى بحول الاصل اذا كان الاصل نصابا وكذلك الربح عندهم * وسبب اختلافهم هل حكمه حكم المال الوارد عليه ام حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر فمن قال حكمه حكم مال لم يرد على مال آخر اعنى مالا فيه زكاة قال لازكاة فى الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وانه مال واحد قال اذا كان فى الوارد عليه الزكاة بكونه نصابا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لازكاة فى مال حتى يحول عليه الحول يقتضى ان لايضاف مال الى مال الابدليل وكان اباحنيفة اعتمد فى هذا قياس الناض على الماشية ومن اصله الذى يعتمده فى هذا الباب انه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصابا فى جميع اجزائه بل ان يوجد نصابا فى طرفيه فقط وبعضاً منه فى كله فعنده انه اذا كان مال فى اول الحول نصابا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصـاب ثم استفاد مالا فى آخر الحول صار به نصابا انه تجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود فى هذا المال لانه لم يستكمل الحول وهو فى جميع أجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن الفى فى طرفى الحول نصابا والظاهر ان الحول الذى اشترط فى المال انما هو فى مال معين لايزيد ولاينقص لابربح ولابفائدة ولابغير ذلك اذ كان المقصود بالحول هو كون المال فضلة مستغنى عنه وذلك ان ما بقى حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فان الزكاة انما هى فى فضول الاموال. واما من رأى ان اشتراط الحول فى المال انما سببه النماء فواجب عليه ان يقول تضم الفوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وان يعتبر النصاب فى طرفى الحول فتأمل هذا فانه بين والله اعلم ولذلك رأى مالك ان من كان عنده فى اول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها فى آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكانه اعتبر ايضاً طرفى الحول على مذهب ابى حنيفة واخذ ايضاً ما اعتمد ابو حنيفة فى فائدة الناض القياس على فائدة الماشية على ما قلناه .

(واما المسئلة الرابعة) وهى اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فان قوماً قالوا يعتبر ذلك فيه من اول ما كان دينا يزكيه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان احوالا فاحوال اعنى انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان احوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يزكيه لعام واحد وان اقام الدين احوالا عند الذى عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول. واما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بايجاب الزكاة فى الدين ومن

قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التى أقام فمصيرا الى تشبيه الدين بالمال الحاضر واما من قال الزكاة فيه لحول واحد وان أقام احوالا فلا اعرف له مستندا فى وقتى هذا لانه لايخلو مادام دينا أن يقول ان فيه زكاة اولايقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلايخلو أن يشترط فيها الحول اولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انقضى حول فلم يتمكن من ادائه سقط عنه ذلك الحق اللازم فى ذلك الحول فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحول فلم يبق الاحق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعروض التى للتجارة فانها لاتجب عنده فيها زكاة الا اذا باعها وان اقامت عنده احوالا كثيرة وفيه شبه ما بالماشية التى لايأتى الساعى اعواما اليها ثم يأتى فيجدها قد نقصت فانه يزكى على مذهب مالك الذى وجد فقط لانه لما أن حال عليها الحول فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة اذ كان مجئ الساعى شرطاً عنده فى اخراجها مع حلول الحول سقط عنه حق ذلك الحول الحاضر وحوسب به فى الاعوام السالفة كان الواجب فيها اقل اوا كثر اذا كانت مما تجب فيه الزكاة وهو شئ يجرى على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ، واما الشافعى فيراه ضامناً لانه ليس مجئ الساعى شرطا عنده فى الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لايجوز أن يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدالة فى ذلك انه ان هلكت بعد انقضاء الحول وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلاشئ عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة اعنى أن من الديون عنده ما يزكى لعام واحد فقط مثل ديون التجارة ، ومنها ما يستقبل بها الحول مثل ديون المواريث ، والثالث دين المدير وتحصيل قوله فى الديون ليس بغرضنا .

(المسئلة الخامسة) وهى حول العروض وتقدم القول فيها عند القول فى نصاب العروض

(واما المسئلة السادسة) وهى فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه فى فوائد الناض وذلك انه يبنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصابا كما يفعل ابو حنيفة فى فائدة الدراهم وفى فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه فى الفوائد حكم واحد اعنى انها تبنى على الاصل اذا كانت نصابا كانت فائدة غنم او فائدة ناض والارباح عنده والنسل كالفوائد واما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية واما الشافعى فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حولهما بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد ايضا باعتبار حولهما بالاصل اذا كان نصابا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء

الفقهاء الثلاثة وكانه انما فرق مالك بين الماشية والناض اتباعا لعمر والا فالقياس فيهما واحد اعنى ان الربح شبيه بالنسل والفائدة بالفائدة وحديث عمر هذا هو انه امر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث فى باب النصاب

﴿ المسئلة السابعة ﴾ وهى اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو حول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال فى ربح الناض وقال الشافعى وابو حنيفة وابو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا * وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم فى ربح المال .

﴿ واما المسئلة الثامنة ﴾ وهى جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزه ابو حنيفة والشافعى * وسبب الخلاف هل هى عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يجز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعى لرأيه بحديث علىّ ان النبى عليه الصلاة والسلام : استسلف صدقة العباس قبل محلها .

﴿ الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة ﴾ والكلام فى هذا الباب فى ثلاثة فصول الاول فى عدد الاصناف الذين تجب لهم ، الثانى فى صفتهم التى تقتضى ذلك ، الثالث كم يجب لهم

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما عددهم فهم الثمانية التى نص الله عليهم فى قوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) الآية واختلفوا من العدد فى مسئلتين ، احداهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هولاء الاصناف أم هم شركاء فى الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وابو حنيفة الى انه يجوز للامام أن يصرفها فى صنف واحد او اكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعى لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمى الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها اهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الخلة فكان تعديدهم فى الآية عند هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس اعنى اهل الصدقات لا تشريكهم فى الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا اظهر من جهة المعنى ومن الحجة للشافعى ما رواه أبو داود عن الصدائى أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له

رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله لم يرض بحكم نبى ولا غيره فى الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء اعطيتك حقك .

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم ام لا فقال مالك لا مؤلفة اليوم وقال الشافعى وابو حنيفة بل حق المؤلفة باق الى اليوم اذا رأى الامام ذلك وهم الذين يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم او عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام فى كل احواله او فى حال دون حال اعنى فى حال الضعف لا فى حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة الى المؤلفة الآن لقوة الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما صفاتهم التى يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذى هو ضد الغنا لقوله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين) واختلفوا فى الغنى الذى تجوز له الصدقة من الذى لا تجوز وما مقدار الغنا المحرم للصدقة ، فاما الغنى الذى تجوز له الصدقة فان الجمهور على انه لا تجوز الصدقة للاغنياء باجمعهم الا للخمس الذى نص عليهم النبى عليه الصلاة والسلام فى قوله : لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة ، لغاز فى سبيل الله ، او لعامل عليها ، او لغارم ، او لرجل له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم انه لا يجوز اخذ الصدقة لغنى اصلا مجاهداً كان او عاملا والذين اجازوها للعامل وان كان غنياً اجازوها للقضاة ومن فى معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو ان لا تجوز لغنى اصلا * وسبب اختلافهم هو هل العلة فى ايجاب الصدقة للاصناف المذكورين هو الحاجة فقط او الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص عليهم فى الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب اخذ الصدقة اعتبر المنفعة للعامل والحاجة بسائر الاصناف المنصوص عليهم ، واما حد الغنا الذى يمنع من الصدقة فذهب الشافعى الى ان المانع من الصدقة هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وذهب ابو حنيفة الى ان الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبى عليه الصلاة والسلام اغنياء لقوله فى حديث معاذ له فأخبرهم ان الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم واذا كان الاغنياء هم الذين هم اهل النصاب وجب ان يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس فى ذلك حد انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعى ام معنى لغوى

فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنا ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك اقل ماينطلق عليه الاسم فمن رأى ان اقل ماينطلق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت وفى كل شخص جعل حده هذا ومن رأى انه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والاشخاص والامكنة والازمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وان ذلك راجع الا الاجتهاد وقد روى ابو داود فى حديث الغنا الذى يمنع الصدقة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه ملك خمسين درهما وفى اثر آخر انه ملك اوقية وهى اربعون درهماً واحسب ان قوما قالوا بهذه الآثار فى حد الغناء واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما فقال قوم الفقير احسن حالا من المسكين وبه قال البغداديون من اصحاب مالك وقال آخرون المسكين احسن حالا من الفقير وبه قال ابو حنيفة واصحابه والشافعى فى احد قوليه وفى قوله الثانى انهما اسمان دالان على معنى واحد والى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى ان لم تكن له دلالة شرعية والاشبه عند استقراء اللغة ان يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالاقل والاكثر فى كل واحد منهما لان هذا راتب من احدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه . واختلفوا فى قوله تعالى (وفى الرقاب) فقال مالك هم العبيد يعتقهم الامام ويكون ولاءهم للمسلمين وقال الشافعى وابو حنيفه هم المكاتبون، وابن السبيل هو عندهم المسافر فى طاعة ينفد زاده فلا يجد ماينفقه وبعضهم يشترط فيه ان يكون ابن السبيل جار الصدقة واما فى سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال ابو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعى هو الغازى جار الصدقة وانما اشترط جار الصدقة لان عند اكثرهم انه لا يجوز تنقيل الصدقة من بلد الى بلد الا من ضرورة.

الفصل الثالث

واما قدر مايعطى من ذلك اما الغارم فبقدر ما عليه اذا كان دينه فى طاعة وفى غير سرف بل فى امر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى مايحمله الى بلده ويشبه ان يكون مايحمله الى مغزاه عند من جعل ابن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار مايعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحد مالك فى ذلك حداً وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعى قال وسواء كان مايعطى من ذلك نصابا او اقل من نصاب وكره ابو حنيفة ان يعطى احد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثورى لا يعطى احدا اكثر من خمسين درهماً قال الليث يعطى مايبتاع به خادماً

اذا كان ذا عيال وكانت الزكاة كثيرة وكأن أكثرهم مجمعون على انه لا يجب ان يعطى عطية يصير بها من الغنا فى مرتبة من لا تجوز له الصدقة لان ماحصل له من ذلك المال فوق القدر الذى هو به من اهل الصدقة صار فى اول مراتب الغنا فهو حرام عليه وانما اختلفوا فى ذلك لاختلافهم فى هذا القدر فهذه المسئلة كانها تبنى على معرفة اول مراتب الغنا واما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء انه انما يأخذ بقدر عمله فهذا مارأينا ان نثبته فى هذا الكتاب وان تذكرنا شيئا مما يشاكل غرضنا ألحقناه به ان شاالله تعالى .

كتاب زكاة الفطر

والكلام فى هذه الزكاة يتعلق بفصول، أحدها فى معرفة حكمها، والثانى فى معرفة من تجب عليه، والثالث كم تجب عليه ومماذا تجب عليه، والرابع متى تجب عليه، والخامس من تجوز له.

الفصل الاول

فاما زكاة الفطر فان الجمهور على انها فرض وذهب بعض المتأخرين من اصحاب مالك الى انها سنة وبه قال اهل العراق وقال قوم هى منسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ثبت من حديث عبد الله بن عمر انه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعا من تمر أو صاعاً من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو انثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضى الوجوب على مذهب من يقلد الصاحب فى فهم الوجوب او الندب من أمره عليه الصلاة والسلام اذا لم يحك لنا لفظه وثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى حديث الاعرابى المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة قال هل علىّ غيرها قال لا الا ان تطوع فذهب الجمهور الى ان هذه الزكاة داخلة تحت الزكاة المفروضة وذهب الغير الى انها غير داخلة واحتجوا فى ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن نفعله .

الفصل الثانى

فيمن تجب عليه وعمن تجب وأجمعوا على ان المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا أو اناثا صغاراً او كباراً عبيداً أو احراراً لحديث ابن عمر المتقدم الا ماشذ فيه الليث فقال ليس على أهل

العمود زكاة الفطر وانما هى على اهل القرى ولا حجة له وماشذ ايضاً من قول من لم يوجبها على اليتيم، واما عمن تجب فانهم اتفقوا على انها تجب على المرء فى نفسه وانها زكاة بدن لازكاة مال وانها تجب فى ولده الصغار عليه اذا لم يكن لهم مال وكذلك فى عبيده اذا لم يكن لهم مال واختلفوا فيما سوى ذلك وتلخيص مذهب مالك فى ذلك انها تلزم الرجل عمن الزمه الشرع النفقة عليه ووافقه فى ذلك الشافعى وانما يختلفان من قبل اختلافهم فيمن تلزم المرء نفقته اذا كان معسرا ومن ليس تلزمه وخالفه ابو حنيفة فى الزوجة وقال تؤدى عن نفسها وخالفهم أبو ثور فى العبد اذا كان له مال فقال اذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل الظاهر والجمهور على انه لا تجب على المرء فى اولاده الصغار اذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال الشافعى وابو حنيفة ومالك وقال الحسن هى على الاب وان أعطاها من مال الابن فهو ضامن وليس من شرط هذه الزكاة الغنا عند اكثرهم ولا نصاب بل ان تكون فضلا عن قوته وقوت عياله وقال ابو حنيفة واصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لانه لا يجتمع ان تجوز له وان تجب عليه وذلك بين والله اعلم، وانما اتفق الجمهور على ان هذه الزكاة ليست بلازمة لمكلف مكلف فى ذاته فقط كالحال فى سائر العبادات بل ومن قبل غيره لايجابها على الصغير والعبيد فمن فهم من هذا ان علة الحكم الولاية قال الولى يلزمه اخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من هذه النفقة قال المنفق يجب ان يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وانما عرض هذا الاختلاف لانه اتفق فى الصغير والعبد وهما اللذان نبها على ان هذه الزكاة ليست معلقة بذات المكلف فقط بل ومن قبل غيره ان وجدت الولاية فيها ووجوب النفقة فذهب مالك الى ان العلة فى ذلك وجوب النفقة وذهب ابو حنيفة الى ان العلة فى ذلك الولاية ولذلك اختلفوا فى الزوجة وقد روى مرفوعا: أدّوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور، واختلفوا من العبيد فى مسائل. أحداها كما قلنا وجوب زكاته على السيد اذا كان له مال وذلك مبنى على انه يملك اولا يملك، والثانية فى العبد الكافر هل يؤدى عنه زكاته ام لا فقال مالك والشافعى واحمد ليس على السيد فى العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه * والسبب فى اختلافهم فى الزيادة الواردة فى ذلك فى حديث ابن عمر وهو قوله من المسلمين فانه قد خولف فيها نافع فكون ابن عمر ايضاً الذى هو راوى الحديث من مذهبه اخراج الزكاة عن العبيد الكفار وللخلاف ايضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على السيد فى العبد هل هى لمكان ان العبد مكلف او انه مال فمن قال لمكان انه مكلف اشترط

الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا اعتق ولم يخرج عنه مولاه زكاة الفطر انه لا يلزمه اخراجها عن نفسه بخلاف الكفارات، والثالثة فى المكاتب فان مالكا وابا ثور قالا يؤدى عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعى وابو حنيفة واحمد لا زكاة عليه فيه * والسبب فى اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد، والرابعة فى عبيد التجارة ذهب مالك والشافعى واحمد الى ان على السيد فيهم زكاة الفطر وقال ابو حنيفة وغيره ليس فى عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم اسم العبد يقتضى وجوب الزكاة فى عبيد التجارة وغيرهم وعند ابى حنيفة ان هذا العموم مخصص بالقياس وذلك هو اجتماع زكاتين فى مال واحد وكذلك اختلفوا فى عبيد العبيد وفروع هذا الباب كثيرة.

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما مماذا تجب فان قوماً ذهبوا الى انها تجب اما من البر أو من التمر أو الشعير أو الزبيب أو الاقط وان ذلك على التخيير للذى تجب عليه وقوم ذهبوا الى ان الواجب عليه هو غالب قوت البلد او قوت المكلف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذى حكاه عبد الوهاب عن المذهب * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم حديث ابى سعيد الخدرى انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام اوصاعاً من شعير اوصاعاً من أقط أوصاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال اى اخرج من هذه اجزأعنه ومن فهم منه ان اختلاف المخرج ليس سببه الاباحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج اوقوت غالب البلد قال بالقول الثانى واما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لا يؤدى فى زكاة الفطر من التمر والشعير اقل من صاع لثبوت ذلك فى حديث ابن عمر واختلفوا فى قدر مايؤدى من القمح فقال مالك والشافعى لا يجزى منه اقل من صاع وقال ابو حنيفة واصحابه يجزى من البر نصف صاع * والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار وذلك انه جاء فى حديث ابى سعيد الخدرى انه قال: كنا نخرج زكاة الفطر فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام اوصاعاً من شعير اوصاعا من اقط اوصاعاً من تمر اوصاعاً من زبيب وظاهره انه اراد بالطعام القمح وروى الزهرى ايضاً عن ابى سعيد عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين اوصاعاً من شعير او تمر عن كل واحد خرجه ابو

داود وروى عن ابن المسيب انه قال : كانت صدقة الفطر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة اوصاعاً من شعير اوصاعاً من تمر فمن اخذ بهذه الاحاديث قال نصف صاع من البر ومن اخذ بظاهر حديث ابى سعيد وقاس البر فى ذلك على الشعير سوى بينهما فى الوجوب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما متى يجب اخراج زكاة الفطر فانهم اتفقوا على انها تجب فى آخر رمضان لحديث ابن عمر : فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر من رمضان واختلفوا فى تحديد الوقت فقال مالك فى رواية ابن القاسم عنه تجب بطلوع الفجر من يوم الفطر وروى عنه اشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالاول قال ابوحنيفة وبالثانى قال الشافعى * وسبب اختلافهم هل هى عبادة متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لان ليلة العيد ليست من شهر رمضان وفائدة هذا الاختلاف فى المولود يولد قبل الفجر من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب .

﴿ الفصل الخامس ﴾

واما لمن تصرف فأجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام : اغنوهم عن السؤال فى هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على انها لا تجوز لهم وقال ابوحنيفة تجوز لهم * وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط او الفقر والاسلام معاً فمن قال الفقر والاسلام لم يجزها للذميين ومن قال الفقر فقط اجازها لهم واشترط قوم فى اهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا واجمع المسلمون على ان زكاة الاموال لا تجوز لاهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام : صدقة تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على محمد وآله وسلم تسليما

﴿ كتاب الحج ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى ثلاثة أجناس ، الجنس الاول يشتمل على الاشياء التى تجرى من هذه العبادة مجرى المقدمات التى تجب معرفتها لعمل هذه العبادة ، الجنس الثانى فى الاشياء التى تجرى منها مجرى الاركان وهى الامور المعمولة انفسها والاشياء المتروكة : الجنس الثالث فى الاشياء التى يجرى منها مجرى الامور اللاحقة وهى احكام الافعال وذلك ان كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الاجناس .

(الجنس الاول) وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) واما شروط الوجوب فان الشروط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شروطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا فى صحة وقوعه من الصبى فذهب مالك والشافعى الى جواز ذلك ومنع منه ابو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاثر فى ذلك للاصول وذلك ان من أجاز ذلك اخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخارى ومسلم وفيه ان امرأة رفعت اليه عليه الصلاة والسلام صبياً فقالت ألهذا حج يارسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الاصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك اختلف اصحاب مالك فى صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغى أن لا يختلف فى صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر ، واما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف فى اشتراط الاستطاعة فى ذلك لقوله تعالى (من استطاع اليه سبيلا) وان كان فى تفصيل ذلك اختلاف وهى بالجملة تتصور على نوعين مباشرة ونيابة فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن اختلفوا فى تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعى وابو حنيفة واحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك الزاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب فى حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد

عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الاكتساب فى طريقه ولو بالسؤال * والسبب فى هذا الخلاف معارضة الاثر الوارد فى تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد أثر عنه عليه الصلاة والسلام أنه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعى ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشى ولا له قوة على الاكتساب فى طريقه وانما اعتقد الشافعى هذا الرأى لان من مذهبه اذا ورد الكتاب مجملا فوردت السنة بتفسير ذلك المجمل انه ليس ينبغى العدول عن ذلك التفسير واما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وابى حنيفة انه لا تلزم النيابة اذا استطيعت مع العجز عن المباشرة وعند الشافعى انها تلزم فيلزم على مذهبه الذى عنده مال يقدر أن يحج به عنه غيره اذا لم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بماله وان وجد من يحج عنه بماله وبدنه من أخ او قريب سقط ذلك عنه وهى المسئلة التى يعرفونها بالمعصوب وهو الذى لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذى يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بما يحج به عنه * وسبب الخلاف فى هذا معارضة القياس للاثر وذلك ان القياس يقتضى ان العبادات لا ينوب فيها أحد عن احد فانه لا يصلى احد عن احد باتفاق ولا يزكى أحد عن احد. واما الاثر المعارض لهذا فحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فريضة الله فى الحج على عباده ادركت ابى شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم وذلك فى حجة الوداع فهذا فى الحىّ واما فى الميت فحديث ابن عباس ايضاً خرجه البخارى قال جاءت امرأة من جهينة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمى نذرت الحج فماتت أفأحج عنها قال حجى عنها ارأيت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله احق بالقضاء ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف فى وقوعه فرضاً واختلفوا من هذا الباب فى الذى يحج عن غيره سواء كان حياً او ميتاً هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى ان ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى الفرض عن نفسه فذلك افضل وبه قال مالك فيمن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحىّ لا يقع وذهب آخرون الى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعى وغيره انه ان حج عن غيره من لم يقض فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة قال ومن شبرمة فقال اخ لى او قال قريب لى قال أفحججت عن نفسك قال لا قال فحج عن نفسك

ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى علّلت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا على ابن عباس واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يؤاجر نفسه فى الحج فكره ذلك مالك والشافعى وقالا ان وقع ذلك جاز ولم يجز ذلك ابو حنيفة وعمدته انه قربة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة فى كتب المصاحف وبناء المساجد وهى قربة والاجارة فى الحج عند مالك نوعان ، أحدهما الذى يسميه اصحابه على البلاغ وهو الذى يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان نقص ما أخذه عن البلاغ وفاه ما يبلغه وان فضل عن ذلك شئ رده ، والثانى على سنة الاجارة ان نقص شئ وفاه من عنده وان فضل شئ فله والجمهور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأوجبه عليه بعض اهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه الفريضة وممن تقع . وأما متى يجب فانهم اختلفوا هل هى على الفور او على التراخى والقولان متأولان على مالك واصحابه والظاهر عند المتأخرين من اصحابه انها على التراخى وبالقول انها على الفور قال البغداديون من اصحابه واختلف فى ذلك قول ابى حنيفة واصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعى هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبى صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبى عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لبينه وحجة الفريق الثانى انه لما كان مختصا بوقت كان الاصل تأثيم تاركه حتى يذهب الوقت ، أصله وقت الصلاة والفرق عند الفريق الثانى بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فمن شبه اول وقت من اوقات الحج الطارئة على المكلف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخى ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضى بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضى وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلى مؤديا ويحتج هؤلاء بالغرر الذى يلحق المكلف بتأخيره الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت فى مدة من عام ويرون انه بخلاف تأخير الصلاة من اول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت أحد فى مقدار ذلك الزمان الا نادراً وربما قالوا ان التأخير فى الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذى يؤدى فيه الصلاة والتأخير هاهنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس يشبهه فى هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخى ليس يؤدى التراخى فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدى التراخى فى الحج اذا دخل وقته فأخره

المكلف الى قابل فليس الاختلاف فى هذه المسئلة من باب اختلافهم فى مطلق الامر هل هو على الفور أو على التراخى كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة ان يكون معها زوج أو ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعى ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال ابو حنيفة واحمد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط فى الوجوب * وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهى عن سفر المرأة ثلاثا الامع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابى سعيد الخدرى وابى هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام : لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر الامع ذى محرم * فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لاتسافر للحج الامع ذى محرم فقد قلنا فى وجوب هذا النسك الذى هو الحج وبأى شئ يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقى من هذا الباب القول فى حكم النسك الذى هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعى واحمد وابو ثور وابو عبيد والثورى والاوزاعى وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هى سنة وقال ابو حنيفة هى تطوع وبه قال ابو ثور وداود فمن اوجبها احتج بقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وبآثار مروية منها ماروى عن ابن عمر عن أبيه قال: دخل اعرابى حسن الوجه ابيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماالاسلام يارسول الله فقال أن تشهد ان لااله الاالله وان محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتى الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعتمر وتغتسل من الجنابة وذكر عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنان حجة عمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: الحج والعمرة فريضتان لايضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبى صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريق الثانى وهم الذين يرون انها ليست واجبة فالاحاديث المشهورة الثابتة الواردة فى تعديد فرائض الاسلام من غير ان يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفرداً ومثل حديث السائل عن الاسلام فان فى بعض طرقه وان تحج البيت وربما قالوا ان الامر بالاتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض

اعنى اذا شرع فيها ان تتم ولا تقطع * واحتج هؤلاء ايضاً اعنى من قال انها سنة بآثار منها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبى صلى الله عليه وسلم عن العمرة اواجبة هى قال لا ولان تعتمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن ابى صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمرة تطوع وهو حديث منقطع فسبب الخلاف فى هذا هو تعارض الآثار فى هذا الباب وتردد الامر بالتمام بين ان يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿ القول فى الجنس الثانى ﴾

(وهو تعريف افعال هذه العبادة فى نوع نوع منها والتروك المشترطة فيها)

وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمرة والحج ثلاثة اصناف إفراد وتمتع وقران وهى كلها تشتمل على افعال محدودة فى امكنة محدودة واوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط فى تلك الافعال ولكل هذه احكام محدودة اما عند الاخلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم اولا الى القول فى الافعال والى القول فى التروك واما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول فى الاحكام فلنبدأ بالافعال وهذه منها ماتشترك فيه هذه الاربعة الانواع من النسك اعنى اصناف الحج الثلاث والعمرة ومنها مايختص بواحد واحد منها فلنبدأ من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى مايخص واحداً واحداً منها فنقول ان الحج والعمرة اول افعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام .

﴿ القول فى شروط الاحرام ﴾

والاحرام شروطه الاول المكان والزمان اما المكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبدأ بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على ان المواقيت التى منها يكون الاحرام اما لاهل المدينة فذوا لحليفة واما لاهل الشام فالجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره * واختلفوا فى ميقات اهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعى والثورى ان اهلوا من العقيق كان احب * واختلفوا فيمن اقته لهم فقالت طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى اقت لاهل العراق ذات عرق والعقيق وروى ذلك

من حديث جابر وابن عباس وعائشة ، وجمهور العلماء على ان من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعى ومنهم من قال لايسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمرة وهذا يذكر فى الاحكام وجمهور العلماء على ان من كان منزله دونهن فميقات احرامه من منزله واختلفوا هل الافضل احرام الحاج منهن أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهن فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى وجماعة وقال مالك واسحاق واحمد احرامه من المواقيت افضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وانها السنة التى سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهى افضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد احرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم اعرف بالسنة، واصول اهل الظاهر تقتضى ان لايجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلفوا فيمن ترك الاحرام من ميقاته واحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل ان يترك اهل المدينة الاحرام من ذى الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عليه دم وممن قال به مالك وبعض اصحابه وقال ابو حنيفة ليس عليه شئ * وسبب الخلاف هل هو من النسك الذى يجب فى تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مر بهذه المواقيت ممن اراد الحج او العمرة . واما من لم يردهما ومر بهما فقال قوم كل من مر بهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردده مثل الحطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لايلزم الاحرام بها الا لمريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من اهل مكة . واما اهل مكة فانهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولابد . واما متى يحرم بالحج اهل مكة فقيل اذا رأوا الهلال وقيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المكان المشترط لانواع هذه العبادة .

﴿ القول فى ميقات الزمان ﴾

واما ميقات الزمان فهو محدود ايضاً فى انواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة باتفاق وقال مالك ثلاثة الاشهر كلها محل للحج وقال الشافعى الشهران وعشر من ذى الحجة وقال ابو حنيفة عشر فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه (الحج أشهر معلومات) فوجب ان يطلق على جميع ايام ذى الحجة اصله انطلاقه على جميع ايام شوال وذى

القعدة ودليل الفريق الثانى انقضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانقضاء افعاله الواجبة ، وفائدة الخلاف تأخر طواف الافاضة الى آخر الشهر وان احرم بالحج قبل اشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لايصح احرامه وقال الشافعى ينعقد احرامه احرام عمرة فمن شبهه بوقت الصلاة قال لايقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله) قال متى احرم انعقد احرامه لانه مأمور بالاتمام وربما شبهوا الحج فى هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعى فهو مبنى على ان من التزم عبادة فى وقت نظيرتها انقلبت الى النظير مثل ان يصوم نذراً فى ايام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف فى المذهب، واما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها فى كل اوقات السنة لانها كانت فى الجاهلية لاتصنع فى ايام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام : دخلت العمرة فى الحج الى يوم القيامة وقال ابو حنيفة تجوز فى كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق فانها تكره واختلفوا فى تكريرها فى السنة الواحدة مرارا فكان مالك يستحب عمرة فى كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاثا فى السنة الواحدة وقال الشافعى وابو حنيفة لا كراهية فى ذلك فهذا هو القول فى شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغى بعد ذلك ان نصير الى القول فى الاحرام وقبل ذلك ينبغى ان نقول فى تروكه ثم نقول بعد ذلك فى الافعال الخاصة بالمحرم الى حين احلاله وهى افعال الحج كلها وتروكه ثم نقول فى احكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبدأ بالتروك .

﴿ القول فى التروك وهو ما يمنع الاحرام من الأمور المباحة للحلال ﴾

والاصل فى هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبدالله بن عمر ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتلبسوا القميص ولا العمائم ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا احد لايجد نعلين فيلبس خفين وليقطعهما اسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئا مسه الزعفران ولا الورس فاتفق العلماء على بعض الاحكام الواردة فى هذا الحديث واختلفوا فى بعضها فمما اتفقوا عليه انه لايلبس المحرم قميصاً ولا شيئا مما ذكر فى هذا الحديث ولا ما كان فى معناه من مخيط الثياب وان هذا مخصوص بالرجال اعنى تحريم لبس المخيط وانه لابأس للمرءة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له

لباسها فقال مالك وابو حنيفة لايجوزله لباس السراويل وان لبسها افتدى وقال الشافعى و الثورى واحمد وابو ثور وداود لاشئ عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولوكان فى ذلك رخصة لاستثناها رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى فى لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين وجمهور العلماء على اجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعلين وقال احمد جائز لمن لم يجد النعلين ان يلبس الخفين غير مقطوعين اخذا بمطلق حديث ابن عباس وقال عطاء فى قطعهما فساد والله لايحب الفساد واختلفوا فيمن لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة لافدية عليه والقولان عن الشافعى وسنذكر هذا فى الاحكام واجمع العلماء على ان المحرم لايلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عمر: لاتلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس واختلفوا فى المعصفر فقال مالك ليس به بأس فانه ليس بطيب وقال ابو حنيفة والثورى هو طيب وفيه الفدية وحجة ابى حنيفة ماخرجه مالك عن على ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسى وعن لبس المعصفر واجمعوا على ان احرام المرأة فى وجهها وان لها ان تغطى رأسها وتستر شعرها وان لها ان تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سدلا خفيفاً تستتر به من نظر الرجال اليها كنحو ماروى عن عائشة انها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فاذا مر بنا ركب سدلنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا واذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تغطية وجوههن الا ماروا ه مالك عن فاطمة بنت المنذر انها قالت كنا نخمر وجوهنا ونحن محرمات مع اسماء بنت ابى بكر الصديق واختلفوا فى تخمير المحرم وجهه بعد اجماعهم على انه لايخمر رأسه فروى مالك عن ابن عمر ان مافوق الذقن من الرأس لايخمره المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه انه ان فعل ذلك ولم ينزعه مكانه افتدى وقال الشافعى والثورى واحمد وداود وابو ثور يخمر المحرم وجهه الى الحاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن ابى وقاص واختلفوا فى لبس القفازين للمرأة فقال مالك ان لبست المرأة القفازين افتدت و رخص فيه الثورى وهو مروى عن عائشة والحجة لمالك ماخرجه ابو داود عن النبى عليه الصلاة والسلام: انه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعا عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث اعنى رفعه

الى النبى عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم فى اللباس واصل الخلاف فى هذا كله اختلافهم فى قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته اولا ثبوته . واما الشئ الثانى من المتروكات فهو الطيب وذلك ان العلماء اجمعوا على ان الطيب كله يحرم على المحرم بالحج والعمرة فى حال احرامه واختلفوا فى جوازه للمحرم عند الاحرام قبل ان يحرم لما يبقى من اثره عليه بعد الاحرام فكرهه قوم واجازه آخرون وممن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين وممن اجازه ابو حنيفة والشافعى والثورى واحمد وداود والحجة لمالك رحمه الله من جهة الاثر حديث صفوان بن يعلى ثبت فى الصحاح وفيه ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم بجبة مضمخة بطيب فقال يارسول الله كيف ترى فى رجل احرم بعمرة فى جبة بعد ماتضمخ بطيب فانزل الوحى على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما افاق قال اين السائل عن العمرة آنفاً فالتمس الرجل فاتى به فقال عليه الصلاة والسلام: اما الطيب الذى بك فاغسله عنك ثلاث مرات واما الجبة فانزعها ثم اصنع ماشئت فى عمرتك مما تصنع فى حجتك اختصرت الحديث وفقهه هو الذى ذكرت وعمدة الفريق الثانى مارواه مالك عن عائشة انها قالت كنت اطيب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم ولحله قبل ان يطوف بالبيت، واعتل الفريق الاول بماروى عن عائشة انها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله اباعبد الرحمن طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم اصبح محرما قالوا واذا طاف على نسائه اغتسل فانما يبقى عليه اثر ريح الطيب لاجرمه نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد انعقد على ان كل مالا يجوز للمحرم ابتداؤه وهو محرم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لايجوزله استصحابه وهو محرم فوجب ان يكون الطيب كذلك * فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا الحكم . واما المتروك الثالث فهو مجامعة النساء وذلك انه اجمع المسلمون على ان وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى (فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج) . واما الممنوع الرابع وهو القاء التفث وازالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على انه يجوزله غسل رأسه من الجنابة واختلفوا فى كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لابأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدته ان عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ماروى مالك عن عبد الله بن جبير ان ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لا يغسل

المحرم رأسه قال فأرسلني عبدالله بن عباس الى ابى ايوب الانصارى قال فوجدته يغتسل بين القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبدالله بن جبير ارسلني اليك عبدالله بن عباس اسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم فوضع ابو ايوب يده على الثوب فتطاطأ حتى بدا لى رأسه ثم قال لانسان اصبب فصب على رأسه ثم حرك رأسه بيده فأقبل بهما وادبر ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيده الماء الا شعثاً رواه مالك فى الموطا وحمل مالك حديث ابى ايوب على غسل الجنابة والحجة له اجماعهم على ان المحرم ممنوع من قتل القمل ونتف الشعر والقاء التفث وهو الوسخ والغاسل رأسه هو اما أن يفعل هذه كلها او بعضها واتفقوا على منع غسله رأسه بالخطمى وقال مالك وابو حنيفة ان فعل ذلك افتدى وقال ابو ثور وغيره لا شئ عليه واختلفوا فى الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى ان على من دخله الفدية وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى وداود لا بأس بذلك وروى عن ابن عباس دخول الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن ان يكره دخوله لان المحرم منهى عن القاء التفث . واما المحظور الخامس فهو الاصطياد وذلك ايضاً مجمع عليه لقوله سبحانه (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً) وقوله تعالى (لا تقتلوا الصيد وانتم حرم) واجمعوا على انه لا يجوز له صيده ولا اكل ما صاده هو منه واختلفوا اذا صاده حلال هل يجوز للمحرم اكله على ثلاثة اقوال، قول انه يجوز له اكله على الاطلاق وبه قال ابو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير، وقال قوم هو محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وعمر وبه قال الثورى، وقال مالك ما لم يصد من اجل المحرم او من اجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من اجل محرم فهو حرام على المحرم وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك ،فاحدها ما خرجه مالك من حديث ابى قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى اذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع اصحاب له محرمين وهو غير محرم فرأى حماراً وحشياً فاستوى على فرسه فسأل اصحابه ان يناولوه سوطه فابوا عليه فسألهم رمحه فابوا عليه فاخذه ثم شد على الحمار فقتله فأكل منه بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بعضهم فلما ادركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك فقال : انما هى طعمة اطعمكموها الله وجاء ايضاً فى معناه حديث طلحة بن عبيدالله ذكره النسائى ان عبدالرحمن التيمى قال كنا مع طلحة بن عبيدالله ونحن محرمون فاهدى له ظبى وهو راقد فاكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على اكله وقال اكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحديث الثانى حديث ابن عباس خرجه ايضاً مالك انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشيا وهو بالابواء او بودان فرده عليه وقال انا لم نرده عليك الا أنا حرم. وللاختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهى عن الاكل بشرط القتل او يتعلق بكل واحد منهما على الانفراد فمن اخذ بحديث أبى قتادة قال ان النهى انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن اخذ بحديث ابن عباس قال النهى يتعلق بكل واحد منهما على انفراده فمن ذهب فى هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث ابى قتادة واما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع اولى واكدوا ذلك بما روى عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : صيد البر حلال لكم وأنتم حرم ما لم تصيدوه او يصاد لكم واختلفوا فى المضطر هل يأكل الميتة او يصيد فى الحرم فقال مالك وابو حنيفة والثورى وزفر وجماعة اذا اضطر أكل الميتة ولحم الخنزير دون الصيد وقال ابو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول احسن للذريعة وقول ابى يوسف اقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما حرم لعلة اخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه اغلظ فهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام . واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والاوزاعى لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلى بن ابى طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة والثورى لا بأس بان ينكح المحرم وان ينكح * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار فى ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب والحديث المعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرجه اهل الصحيح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن ابى رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثانى على الجواز فهذه هى مشهورات ما يحرم على المحرم . واما متى يحل فسنذكره عند ذكرنا افعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحلق واختلفوا فى الحاج على ما سيأتى بعد واذ قد قلنا فى تروك المحرم فلنقل فى افعاله .

﴿ القول فى انواع هذا النسك ﴾

والمحرمون امامحرم بعمرة مفردة اومحرم بحج مفرد اوجامع بين الحج والعمرة وهذان ضربان امامتمتع واماقارن فينبغى اولا ان نجرد اصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول مايفعل المحرم فى كلها ومايخص واحداً واحداً منها ان كان هنالك مايخص وكذلك نفعل فيما بعد الاحرام من افعال الحج .

﴿ القول فى شرح انواع هذه المناسك ﴾

فنقول ان الافراد هو مايتعرى عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب أن نبدأ اولا بصفة التمتع ثم نردف ذلك بصفة القرآن .

﴿ القول فى المتمتع ﴾

فنقول ان العلماء اتفقوا على ان هذا النوع من النسك الذى هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) هو أن يهل الرجل بالعمرة فى اشهر الحج من الميقات وذلك اذا كان مسكنه خارجا عن الحرم ثم يأتى حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق فى تلك الاشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج فى ذلك العام بعينه وفى تلك الاشهر بعينها من غير أن ينصرف الى بلده الا ماروى عن الحسن انه كان يقول هو متمتع وان عاد الى بلده ولم يحج اى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه فى قوله تعالى (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) لانه كان يقول عمرة فى اشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر فى غير اشهر الحج ثم اقام حتى يحج وحج من عامه انه متمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضرى المسجد الحرام فهو متمتع واختلفوا فى المكى هل يقع منه التمتع ام لايقع والذين قالوا انه يقع منه اتفقوا على انه ليس عليه دم لقوله تعالى (ذلك لمن لم يكن اهله حاضرى المسجدى الحرام) واختلفوا فيمن هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضروا المسجد الحرام هم اهل مكة وذى طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال ابو حنيفة هم اهل المواقيت فمن دونهم الى مكة وقال الشافعى بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهوا كمل المواقيت وقال اهل الظاهر من كان ساكن الحرم وقال الثورى هم اهل مكة فقط وابو حنيفة يقول ان حاضرى المسجد الحرام لايقع منهم التمتع وكره ذلك مالك * وسبب الاختلاف اختلاف مايدل عليه اسم حاضرى المسجد الحرام بالاقل والاكثر ولذلك لايشك ان اهل مكة هم من حاضرى المسجد الحرام

كما لايشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع انه تمتع بتحلله بين النسكين وسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثانى الذى هو الحج وهنا نوعان من التمتع اختلف العلماء فيهما ، احدهما فسخ الحج فى عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمهور العلماء يكرهون ذلك من الصدر الاول وفقهاء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال احمد وداود وكلهم متفقون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر اصحابه عام حج بفسخ الحج فى العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لو استقبلت من امرى ما استدبرت لما سقت الهدى ولجعلتها عمرة وامره لمن لم يسق الهدى من اصحابه ان يفسخ اهلاله فى العمرة وبهذا تمسك اهل الظاهر والجمهور رأوا ذلك من باب الخصوص لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بماروى عن ربيعة بن ابى عبد الرحمن عن الحارث ابن بلال بن الحارث المدنى عن ابيه قال قلت يارسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصح عند اهل الظاهر صحة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر انه قال متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم انا انهى عنهما واعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان انه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال ابو ذر ما كان لاحد بعدنا ان يحرم بالحج ثم يفسخه فى عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله) والظاهرية على ان الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله او سنة ثابتة على انه خاص فسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم او على الخصوص . واما النوع الثانى من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع الذى ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض او عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو او امر تعذر به عليه الحج حتى تذهب ايام الحج فيأتى البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم يتمتع محله الى العام المقبل ثم يحج ويهدى وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذ طاوس ايضاً فقال ان المكى اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدى واختلف العلماء فيمن انشأ عمرة فى غير اشهر الحج ثم عملها فى اشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته فى الشهر الذى حل فيه فان كان حل فى اشهر الحج فهو متمتع وان كان حل فى غير اشهر الحج فليس بمتمتع وبقريب منه قال ابو حنيفة والشافعى والثورى الا ان الثورى اشترط ان يوقع طوافه كله فى شوال وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ان طاف ثلاثة اشواط فى رمضان واربعة فى شوال كان متمتعاً وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعاً اعنى ان يكون طاف اربعة اشواط فى رمضان وثلاثة فى شوال

وقال ابو ثور اذا دخل فى العمرة فى غير اشهر الحج فسواء طاف لها فى اشهر الحج وفى غير اشهر الحج لايكون متمتعاً * وسبب الاختلاف هل يكون متمتعاً بايقاع احرام العمرة فى اشهر الحج فقط أم بايقاع الطواف معه ثم ان كان بايقاع الطواف معه فهل بايقاعه كله أم اكثره فابو ثور يقول لايكون متمتعاً الا بايقاع الاحرام فى اشهر الحج لان بالاحرام تنعقد العمرة والشافعى يقول الطواف هو اعظم اركانها فوجب ان يكون به متمتعاً فالجمهور على ان من أوقع بعضها فى أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة . أحدها ان يجمع بين العمرة والحج فى شهر واحد . والثانى ان يكون ذلك فى عام واحد . والثالث أن يفعل شيئاً من العمرة فى اشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد الفراغ من العمرة واحلاله منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هى صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

﴿ القول فى القارن ﴾

وأما القران فهو أن يهل بالنسكين معاً أو يهل بالعمرة فى أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك فى الوقت الذى يكون ذلك له فيه فقيل ذلك له مالم يشرع فى الطواف ولو شوطاً واحداً وقيل مالم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك مابقى عليه شئ من عمل العمرة من طواف أو سعى ماخلا انهم اتفقوا على انه اذا أهل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلاق فانه ليس بقارن والقارن الذى يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضرى المسجد الحرام الا ابن الماجشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لايكون متمتعا ولا قارنا بل أن يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أى افضل هل الافراد أو القران أو التمتع والسبب فى اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام انه كان مفرداً وروى انه تمتع وروى عنه انه كان قارنا فاختار مالك الافراد واعتمد فى ذلك على ماروى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فمنا من اهل بعمرة ومنا من اهل بحج وعمرة واهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال ابو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبى صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى

متواترة صحاح وهو قول أبى بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا ان النبى صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما رواه الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عام حجة الوداع بالعمرة الى الحج واهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة فى التمتع والافراد واعتمد من رأى انه عليه الصلاة والسلام كان قارنا أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادى العقيق : أتانى الليلة آت من ربى فقال اهل فى هذا الوادى المبارك وقال عمرة فى حجة خرجه البخارى وحديث مروان بن الحكم قال : شهدت عثمان وعلياً وعثمان ينهى عن المتعة وان يجمع بينهما فلما رأى ذلك علىّ أهل بهما لبيك بعمرة وحجة وقال ما كنت لادع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول احد خرجه البخارى وحديث انس خرجه البخارى ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لبيك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت : خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهللنا بعمرة ثم قال رسول الله : من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لايحل حتى يحل منهما جميعا واحتجوا فقالوا ومعلوم انه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارنا وحديث مالك ايضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : انى قلدت هديى ولبدت رأسى فلا أحل حتى انحر هديى وقال أحمد لا اشك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارنا والتمتع أحب الىّ واحتج فى اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام : لو استقبلت من امرى ما استدبرت ماسقت الهدى ولجعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى ان الافراد افضل ان التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم واذ قلنا فى وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شروط وجوبه ومتى يجب وفى أىّ وقت يجب ومن اى مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجتنبه المحرم بما هو محرم ثم قلنا ايضاً فى انواع هذا النسك يجب ان نقول فى اول افعال الحاج او المعتمر وهو الاحرام

﴿ القول فى الاحرام ﴾

واتفق جمهور العلماء على ان الغسل للاهلال سنة وانه من افعال المحرم حتى قال ابن نوار ان هذا الغسل للاهلال عند مالك اوكد من غسل الجمعة وقال اهل الظاهر هو واجب وقال ا.

حنيفة والثورى يجزى منه الوضوء وحجة اهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسماء بنت عميس انها ولدت محمد بن أبى بكر بالبيداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: مرها فلتغتسل ثم لتهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة الذمة حتى يثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لاحرامه قبل ان يحرم ولدخوله مكة ولوقوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات الثلاث من افعال المحرم واتفقوا على ان الاحرام لا يكون الا بنية واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال مالك والشافعى تجزى النية من غير التلبية وقال ابو حنيفة التلبية فى الحج كالتكبيرة فى الاحرام بالصلاة الا انه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده فى افتتاح الصلاة كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على ان لفظ تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيك اللهم لبيك لبيك لاشريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لاشريك لك وهى من رواية مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو اصح سند واختلفوا فى هل هى واجبة بهذا اللفظ ام لا فقال اهل الظاهر هى واجبة بهذا اللفظ ولا خلاف عند الجمهور فى استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا فى الزيادة عليه او فى تبديله واوجب اهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أتانى جبريل فأمرنى ان آمر اصحابى ومن معى ان يرفعوا اصواتهم بالتلبية وبالاهلال واجمع اهل العلم على ان تلبية المرأة فيما حكاه ابو عمر هو ان تسمع نفسها بالقول وقال مالك لا يرفع المحرم صوته فى مساجد الجماعة بل يكفيه ان يسمع من يليه الا فى المسجد الحرام ومسجد منى فانه يرفع صوته فيهما واستحب الجمهور رفع الصوت عند التقاء الرفاق وعند الاطلال على شرف من الارض وقال ابو حازم كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من اركان الحج ويرى على تاركها دما وكان غيره يراها من اركانه وحجة من رآها واجبة ان افعاله صلى الله عليه وسلم اذا أتت بيانا الواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عنى مناسككم وبهذا يحتج من اوجب لفظه فيها فقط ومن لم ير وجوب لفظه فاعتمد فى ذلك على ما روى من حديث جابر قال اهل رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر التلبية التى فى حديث ابن عمر وقال فى حديثه والناس يزيدون على ذلك لبيك ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبى يسمع ولا يقول شيئاً وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد فى التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء ان يكون ابتداء المحرم بالتلبية

باثر صلاة يصليها فكان مالك يستحب ذلك باثر نافلة لما روى من مرسله عن هشام بن عروة عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى مسجد ذى الحليفة ركعتين فاذا استوت به راحلته اهل واختلفت الآثار فى الموضع الذى احرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم بحجته من اقطار ذى الحليفة فقال قوم من مسجد ذى الحليفة بعد ان صلى فيه وقال آخرون انما احرم حين اطل على البيداء وقال قوم انما اهل حين استوت به راحلته وسئل ابن عباس عن اختلافهم فى ذلك فقال كل حدث لا عن اول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن اول اهلال سمعه وذلك ان الناس يأتون متسابقين فعلى هذا لا يكون فى هذا اختلاف ويكون الاهلال اثر الصلاة واجمع فقهاء الامصار على ان المكى لا يلزمه الاهلال حتى اذا خرج الى منى ليتصل له عمل الحج وعمدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج انه قال لعبد الله بن عمر رأيتك تفعل هنا اربعاً لم ار احداً يفعلها فذكر منها ورأيتك اذا كنت بمكة اهل الناس اذا رأوا الهلال ولم تهل انت الى يوم التروية فاجابه ابن عمر اما الاهلال فانى لم أر رسول الله صلى الله عليه وسلم يهل حتى تنبعث به راحلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك ان عمر بن الخطاب كان يأمر اهل مكة بمكة ان يهلوا اذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم ان المكى لا يهل الا من جوف مكة اذا كان حاجا واما اذا كان معتمراً فانهم اجمعوا على انه يلزمه ان يخرج الى الحل ثم يحرم منه ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج اعنى لانه يخرج الى عرفة وهو حل وبالجملة فاتفقوا على انها سنة المعتمر واختلفوا ان لم يفعل فقال قوم يجزيه وعليه دم وبه قال ابو حنيفة وابن القاسم وقال آخرون لا يجزيه وهو قول الثورى واشهب . واما متى يقطع المحرم التلبية فانهم اختلفوا فى ذلك فروى مالك ان على بن ابى طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة وقال مالك وذلك الامر الذى لم يزل عليه اهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت الائمة ابو بكر وعمر وعثمان وعلى يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفة قال ابو عمر ابن عبد البر واختلف فى ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار واهل الحديث ابو حنيفة والشافعى والثورى واحمد واسحاق وابو ثور وداود وابن ابى ليلى وابو عبيد والطبرى والحسن بن حي ان المحرم لا يقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبى حتى رمى جمرة العقبة الا انهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم اذا رماها باسرها لما روى عن ابن عباس ان الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم وانه لبى حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية فى آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها فى

اول جمرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود وروى فى وقت قطع التلبية اقاويل غير هذه الا ان هذين القولين هما المشهوران واختلفوا فى وقت قطع التلبية بالعمرة فقال مالك يقطع التلبية اذا انتهى الى الحرم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى اذا افتتح الطواف وسلف مالك فى ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعى ان التلبية معناها اجابة الى الطواف بالبيت فلا تنقطع حتى يشرع فى العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس لفعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون فى ادخال العمرة على الحج وقال ابو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هى افعال المحرم بما هو محرم وهو اول افعال الحج واما الفعل الذى بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل فى الطواف

﴿ القول فى الطواف بالبيت ﴾

﴿ والكلام فى الطواف فى صفته وشروطه وحكمه فى الوجوب او الندب وفى اعداده ﴾

﴿ القول فى الصفة ﴾

والجمهور مجمعون على ان صفة كل طواف واجباً كان او غير واجب ان يبتدئ من الحجر الاسود فان استطاع ان يقبله قبله او يلمسه بيده ويقبلها ان امكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضى على يمينه فيطوف سبعة اشواط يرمل فى الثلاثة الاشواط الاول ثم يمشى فى الاربعة وذلك فى طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللمعتمر دون المتمتع وانه لا رمل على النساء ويستلم الركن اليمانى وهو الذى على قطر الركن الاسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى حكم الرمل فى الثلاثة الاشواط الاول للقادم هل هو سنة او فضيلة فقال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعى وابو حنيفة واسحق واحمد وابو ثور واختلف قول مالك فى ذلك واصحابه والفرق بين القولين ان من جعله سنة اوجب فى تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب فى تركه شيأ واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطفيل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وان ذلك سنة فقال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة ان قريشاً زمن الحديبية قالوا ان به وباصحابه هزالا وقعدوا على قعيقعان ينظرون الى النبى صلى الله عليه وسلم واصحابه فبلغ ذلك

النبى صلى الله عليه وسلم فقال لاصحابه ارملوا أر وهم ان بكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود من اليمانى فاذا توارى مشى وحجة الجمهور حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل الثلاثة الاشواط فى حجة الوداع ومشى أربعاً وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبى الطفيل عن ابن عباس فروى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى اصول الظاهرية يجب الرمل لقوله خذوا عنى مناسككم وهو قولهم او قول بعضهم الآن فيما اظن واجمعوا على انه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير اهلها وهم المتمتعون لانهم قد رملوا فى حين دخولهم حين طافوا للقدوم واختلفوا فى اهل مكة هل عليهم اذا حجوا رمل ام لا فقال الشافعى كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعى فانه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك * وسبب الخلاف هل الرمل كان لعلة او لغير علة وهل هو مختص بالمسافر ام لا وذلك انه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل وارداً على مكة واتفقوا على ان من سنة الطواف استلام الركنين الاسود واليمانى للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها ام لا فذهب الجمهور الى انه انما يستلم الركنان فقط لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركنين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنا نرى اذا طفنا ان نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لا يحب ان يستلم الركنين الا فى الوتر من الاشواط وكذلك أجمعوا على ان تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يقدر على الدخول اليه قبل يده وذلك لحديث عمر بن الخطاب الذى رواه مالك انه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما انت حجر ولولا أنى رأيت رسول الله قبلك ما قبلتك ثم قبله واجمعوا على ان من سنة الطواف ركعتين بعد انقضاء الطواف وجمهورهم على انه يأتى بها الطائف عند انقضاء كل اسبوع ان طاف اكثر من اسبوع واحد واجاز بعض السلف ان لا يفرق بين الاسابيع وان لا يفصل بينها بركوع ثم يركع لكل اسبوع ركعتين وهو مروى عن عائشة انها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركع ست ركعات وحجة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعاً وصلى خلف المقام ركعتين وقال: خذوا عنى مناسككم، وحجة من اجاز الجمع انه قال المقصود انما هو ركعتان لكل اسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين اكثر من

ركعتين لاكثر من اسبوعين وانما استحب من يرى ان يفرق بين ثلاثة الاسابيع لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف الى الركعتين بعد وتر من طوافه ومن طاف أسابيع غير وتر ثم عاد اليها لم ينصرف عن وتر من طوافه .

﴿ القول فى شروطه ﴾

واما شروطه فان منها حد موضعه وجمهور العلماء على ان الحجر من البيت وان من طاف بالبيت لزمه ادخال الحجر فيه وانه شرط فى صحة طواف الافاضة وقال ابو حنيفة واصحابه هو سنة وحجة الجمهور مارواه مالك عن عائشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لولا حدثان قومك بالكفر لهدمت الكعبة ولصيرتها على قواعد ابراهيم فانهم تركوا منها سبعة أذرع من الحجر ضاقت بهم النفقة والخشب وهو قول ابن عباس وكان يحتج بقوله تعالى (وليطوّ فوا بالبيت العتيق) ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة ابى حنيفة ظاهر الآية . واما وقت جوازه فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال ، احدها اجازة الطواف بعد الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبى سعيد الخدرى وبه قال مالك واصحابه وجماعة ، والقول الثانى كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند الطلوع والغروب وبه قال سعيد بن جبير ومجاهد وجماعة ، والقول الثالث اباحة ذلك فى هذه الاوقات كلها وبه قال الشافعى وجماعة واصول ادلتهم راجعة الى منع الصلاة فى هذه الاوقات أو اباحتها . اما وقت الطلوع والغروب فالآثار متفقة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو ملحق بالصلاة فى ذلك الخلاف ومما احتجت به الشافعية حديث جبير بن مطعم ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : يابنى عبد مناف اويابنى عبد المطلب ان وليتم من هذا الامر شيأ فلا تمنعوا احداً طاف بهذا البيت ان يصلى فيه أى ساعة شاء من ليل او نهار رواه الشافعى وغيره عن ابن عيينة بسنده الى جبير بن مطعم واختلفوا فى جواز الطواف بغير طهارة مع اجماعهم على ان من سنته الطهارة فقال مالك والشافعى لا يجزئ طواف بغير طهارة لا عمداً ولا سهواً وقال أبو حنيفة يجزئ و يستحب له الاعادة وعليه دم وقال ابو ثور اذا طاف على غير وضوء اجزأه طوافه ان كان لايعلم ولايجزئه ان كان يعلم والشافعى يشترط طهارة ثوب الطائف كاشتراط ذلك للمصلى وعمدة من شرط الطهارة فى الطواف قوله صلى الله عليه وسلم للحائض وهى اسماء بنت عميس : اصنعى مايصنع الحاج غير ان لا تطوفى بالبيت وهو حديث

صحيح وقد يحتجون ايضاً بماروى انه صلى الله عليه وسلم قال : الطواف بالبيت صلاة الا ان الله احل فيه النطق فلا ينطق الا بخير وعمدة من اجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعى بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرطها الطهر من الحدث اصله الصوم.

﴿ القول فى اعداده و احكامه ﴾

واما اعداده فان العلماء اجمعوا على ان الطواف ثلاثة انواع ، طواف القدوم على مكة ، وطواف الافاضة بعد رمى جمرة العقبة يوم النحر ، وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذى يفوت الحج بفواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى (ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق) وانه لايجزئ عنه دم وجمهور هم على انه لايجزئ طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذا نسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من اصحاب مالك ان طواف القدوم يجزئ عن طواف الافاضة كانهم رأوا أن الواجب انما هو طواف واحد وجمهور العلماء على ان طواف الوداع يجزئ عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمول فى وقت طواف الوجوب الذى هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذى هو قبل وقت طواف الافاضة واجمعو فيما حكاه ابو عمر بن عبد البر ان طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الالخائف فوات الحج فانه يجزئ عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء لمن عرض له هذا ان يرمل فى الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل واجمعوا على ان المكى ليس عليه الاطواف الافاضة كما اجمعوا على انه ليس على المعتمر الاطواف القدوم واجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين ، طوافاً للعمرة لحله منها ، و طوافا للحج يوم النحر على مافى حديث عائشة المشهور . واما المفرد للحج فليس عليه الاطواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا فى القارن فقال مالك والشافعى واحمد ابو ثور يجزئ القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثورى والاوزاعى وابو حنيفة وابن ابى ليلى على القارن طوافان وسعيان ورووا هذا عن على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول فى وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه

وعدده ووقته وصفته والذي يتلو هذا الفعل من افعال الحج اعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فلنقل فيه .

﴿ القول فى السعى بين الصفا و المروة ﴾

(والقول فى السعى فى حكمه وفى صفته وفى شروطه وفى ترتيبه)

﴿ القول فى حكمه ﴾

اما حكمه فقال مالك والشافعى هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال احمد واسحاق وقال الكوفيون هو سنة واذا رجع الى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولاشئ على تاركه فعمدة من اوجبه ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعى عن عبدالله ابن المؤمل وايضاً فان الاصل ان افعاله عليه الصلاة و السلام فى هذه العبادة محمولة على الوجوب الاما اخرجه الدليل من سماع او اجماع اوقياس عند اصحاب القياس وعمدة من لم يوجبه قوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائرالله فمن حج البيت او اعتمر فلا جناح عليه ان يطوف بهما) قالوا ان معناه ان لايطوف وهى قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه (يبين الله لكم ان تضلوا) معناه اى لاتضلوا و ضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت فى الانصار تحرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه فى الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا لايسعون بين الصفا والمروة تعظيما لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور الى انها من افعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الآثار اعنى وصل السعى بالطواف .

﴿ القول فى صفته ﴾

واما صفته فان جمهور العلماء على ان من سنة السعى بين الصفا والمروة ان ينحدر الراقى على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشى على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيرمل فيه حتى يقطعه الى مايلى المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتى المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحواً مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف اسفل المروة اجزأه

عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشى على سجيته حتى ينتهى الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعه الى الجانب الذى يلى الصفا يفعل ذلك سبع مرات يبدأ فى كل ذلك بالصفا ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة قبل الصفا الغى ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : نبدأ بما بدأ الله به نبدأ بالصفا يريد قوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) وقال عطاء ان جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على انه ليس فى وقت السعى قول محدود فانه موضع دعاء وثبت من حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا : يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لاشريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو ويصنع على المروة مثل ذلك .

﴿ القول فى شروطه ﴾

وأما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عائشة : افعلى كل مايفعل الحاج غير أن لاتطوفى بالبيت ولاتسعى بين الصفا والمروة انفرد بهذه الزيادة يحيي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولاخلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف

﴿ القول فى ترتيبه ﴾

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على ان السعى انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء فى العمرة اوفى الحج كان عليه حج قابل والهدى اوعمرة أخرى وقال الثورى ان فعل ذلك فلا شئ عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول فى حكم السعى وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

﴿ الخروج الى عرفة ﴾

واما الفعل الذى يلى هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة واتفقوا على أن الامام يصلى بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا انهم أجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطاً فى صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها .

﴿ الوقوف بعرفة ﴾

والقول فى هذا الفعل ينحصر فى معرفة حكمه وفى صفته وفى شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعليه حج قابل والهدى فى قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة : وأما صفته فهو ان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر فى اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هى مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم ان اقامة الحج هى للسلطان الاعظم اولمن يقيمه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلى وراءه برآ كان السلطان أوفاجراً أومبتدعا وان السنة فى ذلك ان يأتى المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا فى وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضى صدرآ من خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعى يؤذن اذا اخذ الامام فى الخطبة الثانية وقال أبوحنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال فى الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة وبه قال ابو ثور تشبيهآ بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفى حديث جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادى فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيأ ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين باذانين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذانين واقامتين وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين وروى عن مالك مثل قولهم وروى عن احمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعى حديث جابر الطويل فى صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروى عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان تفرد كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك أجمعوا ان القراءة فى هذه الصلاة سر وانها مقصورة اذا كان الامام مسافراً واختلفوا اذا كان الامام مكياً هل يقصر بمنى الصلاة يوم التروية وبعرفة يوم عرفة وبالمزدلفة ليلة النحر ان كان من احد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعى

وجماعة سنة هذه المواضع التقصير سواء كان من اهلها اولم يكن وقال الثورى وابو حنيفة والشافعى وابو ثور وداود لايجوز ان يقصر من كان من اهل تلك المواضع وحجة مالك انه لم ير وان احداً أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم اعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثانى البقاء على الاصل المعروف ان القصر لايجوز الا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء فى وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لاتجب الجمعة بعرفة ولا بمنى ايام الحج لا لاهل مكة ولا لغيرهم الا أن يكون الامام من اهل عرفة وقال الشافعى مثل ذلك الا أنه يشترط فى وجوب الجمعة ان يكون هنالك من اهل عرفة اربعون رجلا على مذهبه فى اشتراط هذا العدد فى الجمعة وقال ابو حنيفة اذا كان امير الحج ممن لايقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة اذا صادفها وقال احمد اذا كان والى مكة يجمع وبه قال ابو ثور .

(واما شروطه) فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك انه لم يختلف العلماء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبالها داعياً الى الله تعالى ووقف معه كل من حضر الى غروب الشمس وانه لما استيقن غروبها وبان له ذلك دفع منها الى المزدلفة ولا خلاف بينهم ان هذا هو سنة الوقوف بعرفة واجمعوا على ان من وقف بعرفة قبل الزوال وافاض منها قبل الزوال انه لايعتد بوقوفه ذلك وانه ان لم يرجع فيقف بعد الزوال او يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاته الحج وروى عن عبدالله بن معمر الديلى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل ان يطلع الفجر فقد ادرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة الا انه مجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل الا ان يدفع قبل الفجر وان دفع منها قبل الامام وبعد الغيبوبة اجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو ان يقف ليلا وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحجه تام وان دفع قبل الغروب الا انهم اختلفوا فى وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضرس وهو حديث مجمع على صحته قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لى من حج فقال : من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض او افاض قبل ذلك من عرفات ليلا او نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه واجمعوا على ان المراد بقوله فى هذا الحديث نهاراً أنه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور ان يقولوا ان وقوفه بعرفة الى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضرس انه على جهة

الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من طرق انه قال: عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسر ومنى كلها موقف وفجاج مكة منحر ومبيت واختلف العلماء فى من وقف من عرفة بعرنة فقيل حجه تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعى لا حج له وعمدة من ابطل الحج النهى الوارد عن ذلك فى الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول فى السنن التى فى يوم عرفة . واما الفعل الذى يلى الوقوف بعرفة من افعال الحج فهو النهوض الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلنقل فيه .

﴿ القول فى افعال المزدلفة ﴾

والقول الجملى ايضاً فى هذا الموضع ينحصر فى معرفة حكمه . وفى صفته . وفى وقته. فاما كون هذا الفعل من اركان الحج فالاصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) واجمعوا على ان من بات بالمزدلفة ليلة النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجه تام وذلك انها الصفة التى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمبيت بها من سنن الحج او من فروضه فقال الاوزاعى وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وفقهاء الامصار يرون انه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلة والمبيت بها فعليه دم وقال الشافعى ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله ليلا فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الفريق الاول قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عروة بن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من ادرك معنا هذه الصلاة يعنى صلاة الصبح بجمع وكان قد اتى قبل ذلك عرفات ليلا او نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه وقوله تعالى (فاذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) ومن حجة الفريق الاول ان المسلمين قد اجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما فى هذا الحديث وذلك ان اكثرهم على ان من وقف بالمزدلفة ليلا ودفع منها الى قبل الصبح ان حجه تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك اجمعوا على انه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكر الله ان حجه تام وفى ذلك ايضاً ما يضعف

احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمع هما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا ان يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء فى اول وقت العشاء ويغلسوا بالصبح فيها

﴿ القول فى رمى الجمار ﴾

واما الفعل الذى بعد هذا فهو رمى الجمار وذلك ان المسلمين اتفقوا على ان النبى صلى الله عليه وسلم : وقف بالمشعر الحرام وهى المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس الى منى وانه فى هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمرة العقبة من بعد طلوع الشمس واجمع المسلمون ان من رماها فى هذا اليوم فى ذلك الوقت اعنى بعد طلوع الشمس الى زوالها فقد رماها فى وقتها واجمعوا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمرة العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لاحد ان يرمى قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فان رماها قبل الفجر أعادها وبه قال ابو حنيفة وسفيان واحمد وقال الشافعى لا بأس به وان كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك فعله صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عنى مناسككم وما روى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة اهله وقال : لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث ام سلمة خرجه ابو داود وغيره وهو ان عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذى يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث اسماء انها رمت الجمرة بليل وقالت انا كنا نصنعه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واجمع العلماء ان الوقت المستحب لرمى جمرة العقبة هو من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال وانه ان رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شئ عليه الا مالكا فانه قال استحب له ان يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل او من الغد فقال مالك عليه دم وقال ابو حنيفة ان رمى من الليل فلا شئ عليه وان أخرها الى الغد فعليه دم وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى لا شئ عليه ان أخرها الى الليل او الى الغد وحجتهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لرعاة الابل فى مثل ذلك اعنى ان يرموا ليلا وفى حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعد ما أمسيت قال له : لا حرج وعمدة مالك ان ذلك الوقت المتفق عليه الذى رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هو السنة ومن

خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ماروى عن ابن عباس واخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة انما ذلك اذا مضى يوم النحر ورموا جمرة العقبة ثم كان اليوم الثالث وهو اول ايام النفر فرخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرموا فى ذلك اليوم له ولليوم الذى بعده فان نفروا فقد فرغوا وان اقاموا الى الغد رموا مع الناس يوم النفر الاخير ونفروا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين فى يوم واحد الا ان مالكا انما يجمع عنده ماوجب مثل ان يجمع فى الثالث فيرمى عن الثانى والثالث لانه لايقضى عنده الاماوجب ورخص كثير من العلماء فى جمع يومين فى يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذى أضيف الى غيره اوتأخر ولم يشبهوه بالقضاء وثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى فى حجته الجمرة يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الافاضة واجمع العلماء على ان هذا سنة الحج واختلفوا فيمن قدم من هذه ماأخره النبى عليه الصلاة والسلام او بالعكس فقال مالك من حلق قبل ان يرمى جمرة العقبة فعليه الفدية وقال الشافعى واحمد وداود وابو ثور لاشئ عليه وعمدتهم مارواه مالك من حديث عبد الله بن عمر انه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس بمنى والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يارسول الله لم اشعر فحلقت قبل ان انحر فقال عليه الصلاة والسلام: انحر ولاحرج ثم جاءه آخر فقال يارسول الله لم اشعر فنحرت قبل ان ارمى فقال عليه الصلاة والسلام: ارم ولاحرج قال فماسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شئ قدم اواخر الاقال افعل ولاحرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة بالفدية فكيف من غير ضرورة مع ان الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمى الجمار وعند مالك ان من حلق قبل ان يذبح فلا شئ عليه وكذلك ان ذبح قبل ان يرمى وقال ابو حنيفة ان حلق قبل ان ينحر أو يرمى فعليه دم وان كان قارنا فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء، دم للقران، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمى واجمعوا على ان من نحر قبل ان يرمى فلاشئ عليه لانه منصوص عليه الا ماروى عن ابن عباس انه كان يقول من قدم من حجه شيأ أو أخره فليهرق دماً وانه من قدم الافاضة قبل الرمى والحلق انه يلزمه اعادة الطواف وقال الشافعى ومن تابعه لااعادة عليه وقال الاوزاعى اذا طاف للافاضة قبل ان يرمى جمرة العقبة ثم واقع اهله اراق دماً واتفقوا على ان جملة مايرميه الحاج سبعون حصاة منها فى يوم النحر جمرة العقبة بسبع وان رمى هذه الجمرة من حيث تيسر من العقبة من اسفلها اومن اعلاها اومن

وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادى لماجاء فى حديث ابن مسعود انه استبطن الوادى ثم قال من هاهنا والذى لااله غيره رأيت الذى انزلت عليه سورة البقرة يرمى واجمعوا على انه يعيد الرمى اذالم تقع الحصاة فى العقبة وانه يرمى فى كل يوم من ايام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمرة منها بسبع وانه يجوز ان يرمى منها يومين وينفر فى الثالث لقوله تعالى (فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه) وقدرها عندهم ان يكون فى مثل حصى الخذف لماروى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم ان النبى عليه الصلاة والسلام: رمى الجمار بمثل حصى الخذف والسنة عندهم فى رمى الجمرات كل يوم من ايام التشريق ان يرمى الجمرة الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويطيل المقام ثم يرمى الثالثة ولايقف لماروى فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يفعل ذلك فى رميه والتكبير عندهم عند رمى كل جمرة حسن لانه يروى عنه عليه الصلاة والسلام واجمعوا على ان من سنة رمى الجمار الثلاث فى ايام التشريق ان يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال فى ايام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال اعاد رميها بعد الزوال وروى عن ابى جعفر محمد بن على انه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها واجمعوا على ان من لم يرم الجمار ايام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لايرميها بعد واختلفوا فى الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمى الجمار كلها او بعضها او واحدة منها فعليه دم وقال ابو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمرة واحدة فصاعداً كان عليه لكل جمرة اطعام مسكين نصف صاع حنطة الى ان يبلغ دماً بترك الجميع الاجمرة العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعى عليه فى الحصاة مد من طعام وفى حصاتين مدان وفى ثلاث دم وقال الثورى مثله الا انه قال فى الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين فى الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سعد بن ابى وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعب بعضنا على بعض وقال اهل الظاهر لاشئ فى ذلك والجمهور على ان جمرة العقبة ليست من اركان الحج وقال عبد الملك من اصحاب مالك هى من اركان الحج فهذه هى جملة افعال الحج من حين الاحرام الى ان يحل والتحلل تحللان تحلل اكبر وهو طواف الافاضة وتحلل اصغر وهو رمى جمرة العقبة وسنذكر مافى هذا من الاختلاف.

﴿ القول فى الجنس الثالث ﴾

وهو الذى يتضمن القول فى الاحكام وقد نبى القول فى حكم اختلالات التى تقع فى الحج واعظمهافى حكم من شرع فى الحج فمنعه بمرض او بعدو اوفاته وقت الفعل الذى هو شرط فى صحة الحج او افسد حجه باتيانه بعض المحظورات المفسدة للحج او للافعال التى هى تروك اوافعال فلنبتدئ من هذه بما هو نص فى الشريعة وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق و القائه التفث قبل ان يحل وقد يدخل فى هذا الباب حكم المتمتع وحكم القارن على القول بان وجوب الهدى فى هذه هو لمكان الرخصة .

﴿ القول فى الاحصار ﴾

واما الاحصار فالاصل فيه قوله سبحانه (فان احصرتم فما استيسر من الهدى) الى قوله (فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) فنقول اختلف العلماء فى هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب فى اختلافهم فى حكم المحصر بمرض او بعدو فأول اختلافهم فى هذه الآية هل المحصر ها هنا هو المحصر بالعدوا والمحصر بالمرض فقال قوم المحصر ها هنا هو المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر ههنا هو المحصر بالمرض. فأما من قال ان المحصر ها هنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك (فمن كان منكم مريضاً اوبه اذى من رأسه) قالوا فلو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان لذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا ايضاً بقوله سبحانه (فاذا امنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج) وهذه حجة ظاهرة ومن قال ان الآية انما وردت فى المحصر بالمرض فانه زعم ان المحصر هو من احصر ولا يقال احصر فى العدو وانما يقال حصره العدو واحصره المرض قالوا وانما ذكر المرض بعد ذلك لان المرض صنفان صنف محصر ، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فاذا امنتم معناه من المرض واما الفريق الاول فقالوا عكس هذا وهو ان افعل ابداً وفعل فى الشئ الواحد انما يأتى لمعنيين اما فعل فاذا اوقع بغيره فعلا من الافعال واما افعل فاذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله اذا فعل به فعل القتل واقتله اذا عرضه للقتل واذا كان هذا هكذا فاحصر احق بالعدو وحصرا حق بالمرض لان العدو انما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالو الا يطلق الامن الا فى ارتفاع الخوف من العدو وان قيل فى المرض فباستعارة ولا يصار الى الاستعارة الا لامر

يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المريض بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير المريض وهذا هو مذهب الشافعى والمذهب الثانى مذهب مالك وابى حنيفة وقال قوم بل المحصر هاهنا الممنوع من الحج باى نوع امتنع اما بمرض او بعدو أو بخطأ فى العدد او بغير ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضربان اما محصر بمرض واما محصر بعدو . فاما المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته اوحجه حيث احصر وقال الثورى والحسن بن صالح لا يتحلل الا فى يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث احصر اختلفوا فى ايجاب الهدى عليه وفى موضع نحره اذا قيل بوجوبه وفى اعادة ما حصر عنه من حج او عمرة فذهب مالك الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب الشافعى الى ايجاب الهدى عليه وبه قال اشهب واشترط ابو حنيفة ذبحه فى الحرم وقال الشافعى حيثما حل . واما الاعادة فان مالكا يرى الاعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة وذهب ابو حنيفة الى انه ان كان احرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج وعمرتان وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند ابى حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير واختار ابو يوسف تقصيره وعمدة مالك فى ان لا اعادة عليه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حل هو واصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شئ قبل ان يطوفوا بالبيت وقبل ان يصل اليه الهدى ثم لم يعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امر احداً من الصحابة ولا ممن كان معه ان يقضى شيئا ولا ان يعود لشئ وعمدة من اوجب عليه الاعادة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر فى العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماعهم ايضاً على ان المحصر بمرض اوما اشبهه عليه القضاء * فسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم اولم يقض وهل يثبت القضاء بالقياس ام لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بامر ثان غير امر الاداء . واما من اوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت فى المحصر بالعدو أو على انها عامة لان الهدى فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحر النبى صلى الله عليه وسلم واصحابه الهدى عام الحديبية حين احصروا واجاب الفريق الآخر ان ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وانما كان هديا سيق ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو ان لا هدى عليه الا ان يقوم الدليل عليه . واما اختلافهم فى مكان الهدى عند من اوجبه والاصل فيه اختلافهم فى موضع نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره فى الحرم وقال غيره انما نحره فى الحل واحتج

بقوله تعالى (هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفا أن يبلغ محله) وانما ذهب ابو حنيفة الى أن من احصر عن الحج ان عليه حجاً وعمرة لان المحصر قد فسخ الحج فى عمرته ولم يتم واحدا منهما فهذا هو حكم المحصر بعدو عند الفقهاء واما المحصر بمرض فان مذهب الشافعى واهل الحجاز انه لا يحله الا الطواف بالبيت والسعى مابين الصفا والمروة وانه بالجملة يتحلل بعمرة لانه اذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمرة وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف فى ذلك اهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعدو اعنى ان يرسل هديه ويقدر يوم نحره ويحل فى اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمر والانصارى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من كسر اوعرج فقد حل وعليه حجة أخرى وباجماعهم على أن المحصر بعدو ليس من شرط احلاله الطواف بالبيت والجمهور على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال ابو ثور وداود لا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى ان الآية الواردة فى المحصر هو حصر العدو واجمعوا على ايجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد فى الايام او بخفاء الهلال عليه اوغير ذلك من الاعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال ابو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمرة ولا هدى عليه وعليه اعادة الحج والمكى المحصر بمرض عند مالك كغير المكى يحل بعمرة وعليه الهدى واعادة الحج وقال الزهرى لابد أن يقف بعمرة وان نعش نعشاً واصل مذهب مالك ان المحصر بمرض ان بقى على احرامه الى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فان تحلل بعمرة فعليه هدى المحصر لانه حلق رأسه قبل ان ينحر فى حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتقد على ظاهر الآية ان عليه هديين ، هديا لحاقه عند التحلل قبل نحره فى حجة القضاء ، وهديا لتمتعه بالعمرة الى الحج وان حل فى اشهر الحج من العمرة وجب عليه هدى ثالث وهو هدى التمتع الذى هو احد انواع نسك الحج . واما مالك رحمه الله فكان يتاول لمكان هذا ان المحصر انما عليه هدى واحد وكان يقول ان الهدى الذى فى قوله سبحانه (فان احصرتم فما استيسر من الهدى) هو بعينه الهدى الذى فى قوله (فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى) وفيه بعد فى التأويل والاظهر ان قوله سبحانه فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة الى الحج انه فى غير المحصر بل هو فى التمتع الحقيقى فكانه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعتم بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل

قوله سبحانه (ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام) والمحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا فى أحكام المحصر الذى نص الله عليه فلنقل فى أحكام القاتل للصيد

﴿ القول فى احكام جزاء الصيد ﴾

فنقول ان المسلمين أجمعوا على أن قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما) هى آية محكمة . واختلفوا فى تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنها انهم اختلفوا هل الواجب فى قتل الصيد قيمته أو مثله فذهب الجمهور الى أن الواجب المثل وذهب أبو حنيفة الى انه مخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشترى بها المثل ومنها انهم اختلفوا فى استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل نعامة فعليه بدنة تشبيها بها ومن قتل غزا لا فعليه شاة ومن قتل بقرة وحشية فعليه أنسية فقال مالك يستأنف فى كل ما وقع من ذلك الحكم به وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ان اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هى على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريد ان الحكمين يخيران الذى عليه الجزاء وقال زفر هى على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشترى بقيمته طعاماً فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعى يقوم المثل ولم يختلفوا فى تقدير الصيام بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا فى التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوما وهو الذى يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعى وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذى يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا فى قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على ان فيه الجزاء وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه . واختلفوا فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيداً فعلى كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثورى وجماعة وقال الشافعى عليهم جزاء واحد وفرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين المحلين يقتلونه فى الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى المحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك الى انه لا يجوز وقال الشافعى يجوز واختلف أصحاب أبى حنيفة على

القوابن جميعاً ، واختلفوا فى موضع الاطعام فقال مالك فى الموضع الذى اصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والافى أقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال ابو حنيفة حيث ماطعم وقال الشافعى لا يطعم الامساكين مكة واجمع العلماء على أن المحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص فى ذلك واختلفوا فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود واصحابه لاجزاء عليه ولم يختلف المسلمون فى تحريم قتل الصيد فى الحرم وانما اختلفوا فى الكفارة وذلك لقوله سبحانه (أولم يروا أنا جعلنا حرماً آمناً) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات وجمهور فقهاء الامصار على ان المحرم اذا قتل الصيد وا كله انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هى مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية . وأما الاسباب التى دعتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أما من اشترط فى وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فحجته ان اشتراط ذلك نص فى الآية وايضاً فان العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما. واما من أوجب الجزاء مع النسيان فلاحجة له الا أن يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسيانا لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد فى وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أى العمد انما اشترط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه فى قوله (ذلك ليذوق وبال أمره) وذلك لامعنى له لان الوبال المذوق هو فى الغرامة فسواء قتله مخطئاً أو متعمداً قد ذاق الوبال ولا خلاف ان الناسى غير معاقب واكثر ماتلزم هذه الحجة لمن كان من اصله ان الكفارات لاتثبت بالقياس فانه لادليل لمن اثبتها على الناسى الا القياس * وانما اختلافهم فى المثل هل هو الشبيه أو المثل فى القيمة فان سبب الاختلاف ان المثل يقال على الذى هو مثل وعلى الذى هو مثل فى القيمة لكن حجة من رأى أن الشبيه اقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه فى لسان العرب اظهر واشهر منه على المثل فى القيمة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القيمة دلائل حركته الى اعتقاد ذلك ، احدها ان المثل الذى هو العدل هو منصوص عليه فى الاطعام والصيام وايضاً فان المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاما فى جميع الصيد فان من الصيد مالا يلفى له شبيه وايضاً فان المثل فيما لايوجد له شبيه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد فى الحقيقة شبيه الامن جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب ان يكون مثلا فى التعديل والقيمة وايضاً فان الحكم فى الشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل

فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص عليهما وعلى هذا يأتى التقدير فى الآية بمشابه فكانه قال ومن قتله منكم متعمداً فعليه قيمة ماقتل من النعم او عدل القيمة طعاماً او عدل ذلك صياما . واما اختلافهم هل المقدر هو الصيد او مثله من النعم اذا قدر بالطعام فمن قال المقدر هو الصيد قال لانه الذى لما لم يوجد مثله رجع الى تقديره بالطعام ومن قال ان المقدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ انما تقدر قيمته اذا عدم بتقدير مثله اعنى شبيهه واما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف او اذ كان مقتضاها فى لسان العرب التخيير . واما من نظر الى ترتيب الكفارات فى ذلك فشبهها بالكفارات التى فيها الترتيب باتفاق وهى كفارة الظهار والقتل. واما اختلافهم فى هل يستأنف الحكم فيه من الصحابة * فالسبب فى اختلافهم هو هل الحكم شرعى غير معقول المعنى ام هذا معقول المعنى فمن قال هو معقول المعنى قال ماقد حكم فيه ليس يوجد شئ اشبه به منه مثل النعامة فانه لايوجد اشبه بها من البدنة فلا معنى لاعادة الحكم ومن قال هو عبادة قال يعاد ولابد منه وبه قال مالك. واما اختلافهم فى الجماعة يشتركون فى قتل الصيد الواحد فسببه هل الجزاء موجبه هو التعدى فقط او التعدى على جملة الصيد فمن قال التعدى فقط اوجب على كل واحد من الجماعة القاتلة للصيد جزاء ومن قال التعدى على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد وهذه المسئلة شبيهة بالقصاص فى النصاب فى السرقة وفى القصاص فى الاعضاء وفى الانفس وستأتى فى مواضعها من هذا الكتاب ان شاالله . وتفريق ابى حنيفة بين المحرمين وبين غير المحرمين القاتلين فى الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن اوجب على كل واحد من الجماعة جزاء فانما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من اراد ان يصيد فى الحرم صاد فى جماعة واذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للاثم فيشبه انه لايتبعض اثم قتل الصيد بالاشتراك فيه فيجب ان لايتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة واما اختلافهم فى هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلى فى الشرع وذلك انه لم يشترطوا فى الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا ان يجوز الحكم ممن يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد اوغير قاتل . واما مفهوم المعنى الاصلى فى الشرع فهو ان المحكوم عليه لايكون حاكما على نفسه . واما اختلافهم فى الموضع فسبب الاطلاق اعنى انه لم يشترط فيه موضع فمن شبهه بالزكاة فى انه حق للمساكين فقال لاينقل من موضعه . واما من رأى ان المقصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لايطعم الامساكين مكة ومن اعتمد ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . واما اختلافهم فى الحلال يقتل الصيد فى الحرم هل عليه

كفارة ام لا فسببه هل يقاس فى الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس اصل من اصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينفون قياس قتل الصيد فى الحرم على المحرم لمنعهم القياس فى الشرع ويحق على اصل ابى حنيفة ان يمنعه لمنعه القياس فى الكفارات ولا خلاف بينهم فى تعلق الاثم به لقوله سبحانه (اولم يروا انا جعلنا حرماً آمنا ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض واما اختلافهم فيمن قتله ثم اكله هل عليه جزاء واحد ام جزا آن فسببه هل اكله تعدثان عليه سوى تعدى القتل ام لا وان كان تعديا فهل هو مساو للتعدى الاول ام لا وذلك انهم اتفقوا على انه ان اكل اثم ولما كان النظر فى كفارة الجزاء يشتمل على اربعة اركان معرفة الواجب فى ذلك ومعرفة من تجب عليه ومعرفة الفعل الذى لاجله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام فى اكثر هذه الاجناس وبقى من ذلك أمران ، أحدهما اختلاف فى بعض الواجبات من الامثال فى بعض المصيدات ، والثانى ما هو صيد مما ليس بصيد يجب ان ينظر فيما بقى علينا من ذلك فمن اصول هذا الباب ماروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى الضبع بكبش وفى الغزال بعنز وفى الارنب بعناق وفى اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهى من ذوات الكروش والعنز عند اهل العلم من المعز ماقد ولد او ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة ما اكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الجفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال فى الارنب واليربوع لا يقومان الا بما يجوز هديا واضحية وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والثنى فما فوقه من الابل والبقر وحجة مالك قوله تعالى (هدياً بالغ الكعبة) ولم يختلفوا ان من جعل على نفسه هدياً انه لا يجزيه اقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثنى مما سواه وفى صغار الصيد عند مالك مثل مافى كباره وقال الشافعى يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروى عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وحجته انها حقيقة المثل فعنده فى النعامة الكبيرة بدنة وفى الصغيرة فصيل وابو حنيفة على اصله فى القيمة واختلفوا من هذا الباب فى حمام مكة وغيرها فقال مالك فى حمام مكة شاة وفى حمام الحل حكومة . واختلف قول ابن القاسم فى حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعى فى كل حمام شاة وفى حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شئ لا مثل له من الصيد فلا جزاء فيه الا الحمام فان فيه شاة ولعله ظن ذلك اجماعا فانه روى عن عمر بن الخطاب

ولا مخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال : فى كل شئ من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب فى بيض النعامة فقال مالك أرى فى بيض النعامة عشر ثمن البدنة وابو حنيفة على اصله فى القيمة ووافقه الشافعى فى هذه المسئلة وبه قال ابو ثور وقال ابو حنيفة ان كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء اعنى جزاء النعامة واشترط ابو ثور فى ذلك ان يخرج حياً ثم يموت وروى عن على انه قضى فى بيض النعامة بأن يرسل الفحل على الابل فاذا تبين لقاحها سميت ماصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان مافسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول على والا ففى كل بيضة درهمان قال ابو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبى عليه الصلاة والسلام : فى بيض النعامة يصيبه المحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود ان فيه القيمة قال وفيه اثر ضعيف واكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على المحرم فيه الجزاء . واختلفوا فى الواجب من ذلك فقال عمر رضى الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال ابو حنيفة واصحابه تمرة خير من جرادة وقال الشافعى فى الجراد قيمته وبه قال ابو ثور الا انه قال كل ماتصدق به من حفنة طعام او تمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس ان فيها تمرة مثل قول ابى حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر ان فيها شويهة وهو ايضاً شاذ فهذه هى مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه . واما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فانهم اتفقوا على ان صيد البر محرم على المحرم الا الخمس الفواسق المنصوص عليها . واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على ان صيد البحر حلال كله للمحرم ، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسين وما اختلفوا فيه فنقول ثبت من حديث ابن عمر وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على المحرم جناح فى قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور . واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول باباحة قتل ماتضمنه لكونه ليس بصيد وان كان بعضهم اشترط فى ذلك اوصافا ما . واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص او من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا فى أى عام اريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد فى الحديث اشارة الى كل سبع عاد وان ماليس بعاد من السباع

فليس للمحرم قتله ولم يرقتل صغارها التى لاتعدو ولاما كان منها ايضاً لايعدو ولاخلاف بينهم فى قتل الحية والافعى والاسود وهو مروى عن النبى عليه الصلاة والسلام من حديث ابى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تقتل الافعى والاسود وقال مالك لاارى قتل الوزغ والاخبار بقتلها متواترة لكن مطلقا لا فى الحرم ولذلك توقف فيها مالك فى الحرم وقال ابو حنيفة لايقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لايقتل الا الغراب الا بقع وقال الشافعى كل محرم الاكل فهو فى معنى الخمس وعمدة الشافعى انه انما حرم على المحرم ماحل للحلال وان المباحة الاكل لايجوز قتلها باجماع لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهائم واما ابو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى . واختلفوا فى الزنبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى انه اضعف نكاية من العقرب وبالجملة فالمنصوص عليها يتضمن انواعها من الفساد فمن رأى انه من باب الخاص أريد به العام الحق بواحد واحد منها مايشبهه ان كان له شبه ومن لم ير ذلك قصر النهى على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لايقتل الا الغراب الابقع فخصصت عموم الاسم الوارد فى الحديث الثابت لماروى عن عائشة انه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن فى الحرم فذكر فيهن الغراب الابقع وشذ النخعى فمنع المحرم قتل الصيد الا الفأرة . واما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مماليس هو منه فانهم اتفقوا على ان السمك من صيد البحر واختلفوا فيما عدى السمك وذلك بناء منهم على ان من كان منه يحتاج الى زكاة فليس من صيد البحر واكثر من ذلك ماكان محرما ولا خلاف بين من يحل جميع مافى البحر فى ان صيده حلال وانما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيش فى البر وفى الماء بأى الحكمين يلحق وقياس قول اكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالبا وهو حيث يولد والجمهور على ان طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء انه قال فى طير الماء حيث يكون اغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلفوا فى نبات الحرم هل فيه جزاء ام لا فقال مالك لاجزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهى الوارد فى ذلك وقال الشافعى فيه الجزاء فى الدوحة بقرة وفيما دونها شاة وقال ابو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلاشئ فيه وكل ماكان نابتاً بطبعه ففيه قيمة * وسبب الخلاف هل يقاس النبات فى هذا على الحيوان لاجتماعهما فى النهى عن ذلك فى قوله عليه الصلاة

والسلام : لاينفر صيدها ولا يعضد شجرها فهذا هو القول فى مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل فى حكم الحالق رأسه قبل محل الحلق

﴿ القول فى فدية الاذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق ﴾

واما فدية الاذى فمجمع ايضاً عليها لورود الكتاب بذلك والسنة . اما الكتاب فقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً او به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن عجرة الثابت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه القمل فى رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحلق رأسه وقال له صم ثلاثة ايام أو اطعم ستة مساكين مدين لكل انسان أو انسك بشاة أى ذلك فعلت اجزأ عنك والكلام فى هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من لاتجب واذا وجبت فما هى الفدية الواجبة وفى أى شئ تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب واين تجب . فاما على من تجب الفدية فان العلماء اجمعوا على انها واجبة على كل من اماط الاذى من ضرورة لورود النص بذلك واختلفوا فيمن اماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المنصوص عليها وقال الشافعى وابو حنيفة ان حلق دون ضرورة فانما عليه دم فقط واختلفوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية باماطة الاذى ان يكون متعمداً او الناسى فى ذلك والمتعمد سواء فقال مالك العامد فى ذلك والناسى واحد وهو قول ابى حنيفة والثورى والليث وقال الشافعى فى احد قوليه واهل الظاهر لافدية على الناسى فمن اشترط فى وجوب الفدية الضرورة فدليله النص ومن اوجب ذلك على غير المضطر فحجته انه اذا وجبت على المضطر فهى على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والناسى فلتفريق الشرع فى ذلك بينهما فى مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (ليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ماتعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتى الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التى لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . واما مايجب فى فدية الاذى فان العلماء اجمعوا على انها ثلاث خصال على التخيير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور على ان الاطعام هو لستة مساكين وان النسك اقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع انهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة ايام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت واما من قال الصيام عشرة ايام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما

ورد ايضاً فى جزاء الصيد فى قوله سبحانه (أوعدل ذلك صياما) واما كم يطعم لكل
مسكين من المساكين الستة التى ورد فيها النص فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك لاختلاف
الآثار فى الاطعام فى الكفارات فقال مالك والشافعى وابو حنيفة واصحابهم الاطعام فى
ذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثورى انه قال من البر
نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى ايضاً عن ابى حنيفة مثله وهو اصله
فى الكفارات . واما ما تجب فيه الفدية فاتفقوا على انها تجب على من حلق رأسه لضرورة
مرض او حيوان يؤذيه فى رأسه قال ابن عباس المرض ان يكون برأسه قروح والاذى
القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على ان كل
مامنعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه
الفدية اى دم على اختلاف بينهم فى ذلك او اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره فى
هذه الاشياء وكذلك استعمال الطيب وقال قوم ليس فى قص الاظفار شئ وقال قوم
فيه دم وحكى ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا فيمن اخذ
بعض اظفاره فقال الشافعى وابو ثور ان اخذ ظفراً واحداً اطعم مسكينا واحداً وان
اخذ ظفرين اطعم مسكينين وان اخذ ثلاثا فعليه دم فى مقام واحد وقال ابو حنيفة
فى احد اقواله لا شئ عليه حتى يقصها كلها وقال ابو محمد بن حزم يقص المحرم اظفاره
وشاربه وهو شذوذ وعنده لا فدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذى ورد فيه
النص واجمعوا على منع حلق شعر الرأس . واختلفوا فى حلق الشعر من سائر الجسد
فالجمهور على ان فيه الفدية وقال داود لا فدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه
الشعرة والشعرتين او من لحيه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شئ الا ان
يكون اماط به اذى فعليه الفدية وقال الحسن فى الشعرة مد وفى الشعرتين مدين وفى
الثلاثة دم وبه قال الشافعى وابو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر
اطعام وفيما كثر فدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر انه عبادة سوى بين القليل
والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزين والاستراحة التى فى حلقه فرق بين
القليل والكثير لان القليل ليس فى ازالته زوال اذى واما موضع الفدية فاختلفوا فيه
فقال مالك يفعل من ذلك ما شاء اين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده فى
ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذى عند مالك ههنا هو نسك وليس
بهدى فان الهدى لا يكون الا بمكة أو بمنى وقال ابو حنيفة والشافعى الدم والاطعام لا يجزيان
الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام

فحيث شاء وعن ابى حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعى ان دم الاطعام لا يجزئ الا
لمساكين الحرم * وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فمن قاسه
على الهدى اوجب فيه شروط الهدى من الذبح فى المكان المخصوص به وفى مساكين الحرم
وان كان مالك يرى ان الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذى يجمع
النسك والهدى هو ان المقصود بهما منفعة المساكين المجاورين لبيت الله والمخالف
يقول ان الشرع لما فرق بين اسمهما فسمى احدهما نسكا وسمى الآخر هديا وجب
ان يكون حكمهما مختلفا . واما الوقت فالجمهور على ان هذه الكفارة لا تكون الا
بعد اماطة الاذى ولا يبعد ان يدخله الخلاف قياساً على كفارة الايمان فهذا هو القول
فى كفارة اماطة الاذى واختلفوا فى حلق الرأس هل هو من مناسك الحج او هو مما
يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور فى انه من اعمال الحج وان الحلق افضل من
التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: اللهم ارحم
المحلقين قالوا و المقصرين يارسول الله قال: اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين
يارسول الله قال: اللهم ارحم المحلقين قالوا والمقصرين يارسول الله قال: والمقصرين
واجمع العلماء على ان النساء لا يحلقن وان سنتهن التقصير واختلفوا هل هو نسك
يجب على الحاج والمعتمر اولا فقال مالك الحلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو افضل من
التقصير ويجب على كل من فاته الحج واحصر بعدو او مرض او بعذر وهو قول جماعة
الفقهاء الا فى المحصر بعدو فان اباحنيفة قال ليس عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل
الحلاق او التقصير نسكا اوجب فى تركه الدم ومن لم يجعله من النسك لم يوجب فيه شيأ *

﴿ القول فى كفارة المتمتع ﴾

واما كفاره المتمتع التى نص الله عليها قوله فى سبحانه (فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما
استيسر من الهدى) الآية فانه لا خلاف فى وجوبها وانما الخلاف فى المتمتع من
هو وقد تقدم ما فى ذلك من الخلاف والقول فى هذه الكفارة ايضاً يرجع الى
تلك الاجناس بعينها على من تجب وما الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفى
اى مكان تجب ، فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق وقد تقدم الخلاف فى المتمتع
من هو واما اختلافهم فى الواجب فان الجمهور من العلماء على ان ما استيسر من
الهدى هو شاة واحتج مالك فى ان اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى فى جزاء
الصيد (هديا بالغ الكعبة) ومعلوم بالاجماع انه قد يجب فى جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر

الى ان اسم الهدى لاينطلق الا على الابل والبقر وان معنى قوله تعالى (فما استيسر من الهدى) اى بقرة ادون من بقرة وبدنة ادون من بدنة واجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلفوا فى حد الزمان الذى ينتقل بانقضائه فرضه من الهدى الى الصيام فقال مالك اذا شرع فى الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى فى اثناء الصوم وقال ابو حنيفة ان وجد الهدى فى صوم الثلاثة الايام لزمه وان وجده فى صوم السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متيمم * وسبب الخلاف هو هل ماهو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استمرارها وانما فرق ابو حنيفة بين الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هى عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل واجمعوا على انه اذا صام الثلاثة الايام فى العشر الاول من ذى الحجة انه قد اتى بها فى محلها لقوله سبحانه (فصيام ثلاثة ايام فى الحج) ولا خلاف ان العشر الاول من ايام الحج واختلفوا فى من صامها فى ايام عمل العمرة قبل ان يهل بالحج اوصامها فى ايام منى فاجاز مالك صيامها فى ايام منى ومنعه ابو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع فى عمل الحج واجازه ابو حنيفة * وسبب الخلاف هل ينطلق اسم الحج على هذه الايام المختلف فيها ام لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة ان لاتجزى الا بعد وقوع موجبها فمن قال لا تجزى كفارة الابعد وقوع موجبها قال لايجزئ الصوم الابعد الشروع فى الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى واتفقوا انه اذا صام السبعة الايام فى اهله اجزاه واختلفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعى لايجزى وسبب الخلاف الاحتمال الذى فى قوله سبحانه (اذا رجعتم) فان اسم الراجع ينطلق على من فرغ من الرجوع وعلى من هو فى الرجوع نفسه فهذه هى الكفارة التى ثبتت بالسمع وهى من المتفق عليها ولا خلاف ان من فاته الحج بعد ان شرع فيه اما بفوات ركن من اركانه واما من قبل غلطه فى الزمان اومن قبل جهله اونسيانه اواتيانه فى الحج فعلا مفسدا له فان عليه القضاء اذا كان حجاً واجباً وهل عليه هدى مع القضاء اختلفوا فيه وان كان تطوعاً فهل عليه قضاء ام لا الخلاف فى ذلك كله لكن الجمهور على ان عليه الهدى لكون النقصان الداخل عليه مشعراً بوجوب الهدى وشذ قوم فقالوا لاهدى اصلا ولاقضاء الا ان يكون فى حج واجب ومما يخص الحج الفاسد عند الجمهور دون سائر العبادات انه يمضى فيه المفسد له ولا يقطعه وعليه دم وشذ قوم فقالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى (واتموا الحج والعمرة لله)

فالجمهور عمموا والمخالفون خصصوا قياساً على غيرها من العبادات اذا وردت عليها المفسدات واتفقوا على ان المفسد للحج اما من الافعال المأمور بها فترك الاركان التى هى شرط فى صحته على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن واما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كان اختلفوا فى الوقت الذى اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد الجماع للحج فلقوله سبحانه (فمن فرض فيهن الحج فلارفث ولا فسوق ولاجدال فى الحج) واتفقوا على ان من وطئ قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطئ من المعتمرين قبل ان يطوف ويسعى واختلفوا فى فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمى جمرة العقبة وبعد رمى الجمرة وقبل طواف الافاضة الذى هو الواجب فقال مالك والشافعى من وطئ قبل رمى جمرة العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدى والقضاء وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى عليه الهدى بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطئ بعد رمى جمرة العقبة وقبل طواف الافاضة فحجه تام وبقول مالك فى ان الوطء قبل طواف الافاضة لايفسد الحج قال الجمهور ويلزمه عندهم الهدى وقالت طائفة من وطئ قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو قول ابن عمر * وسبب الخلاف ان للحج تحللا يشبه السلام فى الصلاة وهو التحلل الاكبر وهو الافاضة وتحللا أصغر وهل يشترط فى اباحة الجماع التحللان أو احدهما ولا خلاف بينهم ان التحلل الاصغر الذى هو رمى الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شئ حرم عليه بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شئ الا النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله (واذا حللتم فاصطادوا) انه التحلل الاكبر واتفقوا ايضاً على ان المعتمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين الصفا والمروة وان لم يكن حلق ولاقصر لثبوت الآثار فى ذلك الا خلافا شاذاً روى عن ابن عباس انه يحل بالطواف وقال ابو حنيفة لايحل الا بعد الحلاق وان جامع قبله فسدت عمرته واختلفوا فى صفة الجماع الذى يفسد الحج وفى مقدماته فالجمهور على ان التقاء الختانين يفسد الحج ويحتمل من يشترط فى وجوب الطهر الانزال مع التقاء الختانين ان يشترطه فى الحج واختلفوا فى انزال الماء فى مادون الفرج فقال ابو حنيفة لايفسد الحج الا الانزال فى الفرج وقال الشافعى مايوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعى فيمن جامع دون الفرج ان يهدى واختلفوا فيمن وطئ مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدى واحد وقال ابو حنيفة ان كرر الوطء فى

مجلس واحد كان عليه هدى واحد وان كرره فى مجالس كان عليه لكل وطء هدى وقال محمد بن الحسن يجزيه هدى واحد وان كرر الوطء مالم يهد لوطئه الاول وعن الشافعى الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه مثل قول مالك واختلفوا فيمن وطئ ناسياً فسوى مالك فى ذلك بين العمد والنسيان وقال الشافعى فى الجديد لا كفارة عليه واختلفوا هل على المرأة هدى فقال مالك ان طاوعته فعليها هدى وان اكرههـا فعليه هديان وقال الشافعى ليس عليه الا هدى واحد كقوله فى المجامع فى رمضان وجمهور العلماء على انهما اذا حجا من قابل تفرقا اعنى الرجل والمرأة وقيل لا يفترقان والقول بان لا يفترقان مروى عن بعض الصحابة والتابعين وبه قال ابو حنيفة واختلف قول مالك والشافعى من أين يفترقان فقال الشافعى يفترقان من حيث افسدا الحج وقال مالك يفترقان من حيث احرما الا ان يكونا احرما قبل الميقات فمن أخذهما بالافتراق فسداً للذريعة وعقوبة ومن لم يأخذهما به فجريا على الاصل وانه لا يثبت حكم فى هذا الباب الا بسماع واختلفوا فى الهدى الواجب فى الجماع ماهو فقال مالك وابو حنيفة هو شاة وقال الشافعى لا تجزى الا بدنة وان لم يجد قومت البدنة دراهم وقومت الدراهم طعاماً فان لم يجد صام عن كل مد يوماً قال والاطعام والهدى لا يجزى الا بمكة او بمنى والصوم حيث شاء وقال مالك كل نقص دخل الاحرام من وطئ اوحلق شعر او احصار فان صاحبه ان لم يجد الهدى صام ثلاثة ايام فى الحج وسبعة اذا رجع ولا يدخل الاطعام فيه فمالك شبه الدم اللازم ههنا بدم المتمتع والشافعى شبهه بالدم الواجب فى الفدية والاطعام عند مالك لا يكون الا فى كفارة الصيد وكفارة ازالة الاذى والشافعى يرى ان الصيام والاطعام قد وقعا بدل الدم فى موضعين ولم يقع بدلهما الا فى موضع واحد فقياس المسكوت عنه على المنطوق به فى الاطعام اولى فهذا مايخص الفساد بالجماع . واما الفســاد بفوات الوقت وهو ان يفوته الوقوف بعرفة يوم عرفة فان العلماء اجمعوا ان من هذه صفته لا يخرج من أحرامه الا بالطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة اعنى انه يحل ولابد بعمرة وان عليه حج قابل واختلفوا هل عليه هدى ام لا فقال مالك والشافعى واحمد والثورى وابو ثور عليه الهدى وعمدتهم اجماعهم على ان من حبسه مرض حتى فاته الحج ان عليه الهدى وقال ابو حنيفة يتحلل بعمرة ويحج من قابل ولا هدى عليه وحجة الكوفيين ان الاصل فى الهدى انما هو بدل من القضاء فاذا كان القضاء فلا هدى الا ما خصصه الاجماع واختلف مالك والشافعى وابو حنيفة فيمن فاته الحج وكان قارنا هل يقضى حجاً مفرداً او مقروناً بعمرة فذهب مالك والشافعى الى انه يقضى قارنا لانه انما يقضى

مثل الذى عليه وقال ابو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضى الا ما فاته وجمهور العلماء على ان من فاته الحج أنه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا انه اجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج ان يتحلل بعمرة واصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فيمن أحرم بالحج فى غير اشهر الحج فمن لم يجعله محرما لم يجز الذى فاته الحج ان يبقى محرما الى عام آخر ومن اجاز الاحرام فى غير ايام الحج اجاز له البقاء محرما (قال القاضى) فقد قلنا فى الكفارات الواجبة بالنص فى الحج وفى صفة القضاء فى الحج الفائت والفاسد وفى صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك فى الكفارات المنصوص عليها وما الحق الفقهاء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقى ان نقول فى الكفارات التى اختلفوا فيها فى ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

﴿ القول فى الكفارات المسكوت عنها ﴾

فنقول ان الجمهور اتفقوا على ان النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغب فيه فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حج ناقص اصله المتمتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شئ فعليه دم . واما الذى هو نفل فلم يروا فيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا فى ترك نسك نسك هل فيه دم ام لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة اونفل . واما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم وانما يختلفون فى الفعل الواحد نفســه من قبل اختلافهم هل هو فرض ام لا واما اهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة فى العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مسنونا ففعل ففيه فدية الاذى وما كان مرغبا فيه فليس فيه شئ واختلفوا فى ترك فعل فعل لاختلافهم هل هو سنة ام لا واهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور من اختلاف الفقهاء فى ترك نسك نسك اعنى فى وجوب الدم اولا وجوبه من اول المناسك الى آخرها وكذلك فى فعل محظور محظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثورى وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعى وابى يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى وقال ابو حنيفة ان رجع ملبياً فلا دم عليه وان رجع غير ملب كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا

فيمن غسل رأسه بالخطمى فقال مالك وابو حنيفة يفتدى وقال الثورى وغيره لاشئ عليه ورأى مالك أن فى الحمام الفدية واباحه الاكثرون وروى عن ابن عباس من طريق ثابت دخوله و الجمهور على انه يفتدى من لبس من المحرمين مانهى عن لباسه واختلفوا اذا لبس السراويل لعدمه الازار هل يفتدى املا فقال مالك وابو حنيفة يفتدى وقال الثورى واحمد وابو ثور وداود لاشئ عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهى المطلق وعمدة من لم يرفيه فدية حديث عمر وبن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : السراويل لمن لم يجد الازار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا فيمن لبس الخفين مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وقال ابو حنيفة لافدية عليه والقولان عن الشافعى واختلفوا فى لبس المرأة القفازين هل فيه فدية املا وقد ذكرنا كثيراً من هذه الاحكام فى باب الاحرام وكذلك اختلفوا فيمن ترك التلبية هل عليه دم املا وقد تقدم واتفقوا على أن من نكس الطواف اونسى شوطاً من اشواطه انه يعيده مادام بمكة واختلفوا اذا بلغ الى اهله فقال قوم منهم ابو حنيفة يجزيه الدم وقال قوم بل يعيد ويجبر مانقصه ولا يجزيه الدم وكذلك اختلفوا فى وجوب الدم على من ترك الرمل فى الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعى وابو حنيفة واحمد وابو ثور واختلف فى ذلك قول مالك واصحابه والخلاف فى هذه الاشياء كلها. بناه على انه هل هو سنة املا فقد تقدم القول فى ذلك وتقبيل الحجرا وتقبيل يده بعد وضعها عليه اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياسا على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا فيمن نسى ركعتى الطواف حتى رجع الى بلده هل عليه دم املا فقال مالك عليه دم وقال الثورى يركعهما مادام فى الحرم وقال الشافعى وابو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا فى طواف الوداع انه ليس بفرض اختلفوا فيمن تركه ولم تمكن له العودة اليه هل عليه دم املا فقال مالك ليس عليه شئ الاان يكون قريباً فيعود وقال ابو حنيفة والثورى عليه دم ان لم يعد وانما يرجع عندهم مالم يبلغ المواقيت وحجة من لم يره سنة مؤكدة سقوطه عن المكى والحائض وعند ابى حنيفة انه اذا لم يدخل الحجر فى الطواف اعاد مالم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا هل من شرط صحة الطواف المشى فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام فى الصلاة فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده ابداً الا اذا رجع الى بلده فان عليه دما وقال الشافعى الركوب فى الطواف جائز لان النبى صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير مرض ولكنه احب ان يستشرف الناس اليه ومن لم ير السعى واجبا فعليه دم اذا انصرف

الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم ايضاً فيمن قدم السعى على الطواف هل فيه دم اذا لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا فى وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعى واحمد ان عاد فدفع بعد غروب الشمس فلادم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال ابو حنيفة والثورى عليه الدم رجع أولم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فيمن وقف من عرفة بعرنة فقال الشافعى لاحج له وقال مالك عليه دم * وسبب الاختلاف هل النهى على الوقوف بها من باب الحظر او من باب الكراهية وقد ذكرنا فى باب افعال الحج الى انقضائها كثيراً من اختلافهم فيما فى تركه دم وماليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضى ذكره فى هذا الموضع والاسهل ذكره هنالك (قال القاضى) فقد قلنا فى وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهى التى تجرى مجرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك فى زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه ايضاً من الافعال فى مكان مكان من اماكنها وزمان زمان من ازمنتها الجزئية الى انقضاء زمانها ثم قلنا فى احكام التحلل الواقع فى هذه العبادة ومايقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات ومالايقبل الاصلاح بل يوجب الاعادة وقلنا ايضاً فى حكم الاعادة بحسب موجباتها وفى هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض اوعدو اوغير ذلك والذى بقى من افعال هذه العبادة هو القول فى الهدى وذلك ان هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغى ان يفرد بالنظر فلنقل فيه

﴿ القول فى الهدى ﴾

فنقول ان النظر فى الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفية سوقه ومن اين يساق والى اين ينتهى بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمه بعد النحر فنقول انهم قد اجمعوا على ان الهدى المسوق فى هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ماهو واجب بالنذر ومنه ماهو واجب فى بعض انواع هذه العبادة ومنه ماهو واجب لانه كفارة فاماماهو واجب فى بعض انواع هذه العبادة فهو هدى المتمتع باتفاق وهدى القارن باختلاف . واما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفث وما اشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء فى الاخلال بنسك نسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدى فان العلماء متفقون

على انه لايكون الهدى الامن الازواج الثمانية التى نص الله عليها وان الافضل فى الهدايا هى الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا فى الضحايا واما الاسنان فانهم اجمعوا ان الثنى فما فوقه يجزى منها وانه لايجزى الجذع من المعز فى الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لابى بردة : يجزى عنك ولايجزى عن احد بعدك واختلفوا فى الجذع من الضأن فاكثر اهل العلم يقولون بجوازه فى الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لايجزى فى الهدايا الاالثنى من كل جنس ولاخلاف فى ان الاغلى ثمنا من الهدايا افضل وكان الزبير يقول لبنيه يابنى لايهدين احدكم لله من الهدى شيأ يستحى ان يهديه لكريمه فان الله اكرم الكرماء واحق من اختير له وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الرقاب وقد قيل له ايها افضل فقال : اغلاها ثمنا وانفسها عند اهلها وليس فى عدد الهدى حد معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة . واما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قلد الهدى واشعره واحرم واذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقلد نعلاأو نعلين أو ماشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا فى تقليد الغنم فقال مالك وابو حنيفة لاتقلد الغنم وقال الشافعى واحمد وابو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم اهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة فى حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اهدى هديا من المدينة قلده واشعره بذى الحليفة قلده قبل ان يشعره وذلك فى مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة النحر قبل ان يحلق او يقصر وكان هو ينحر هديه بيده يصفهن قياما ويوجههن القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعى واحمد وابو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا ببدنة فأشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سلت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء اهل بالحج . واما من اين يساق الهدى فان مالكا يرى ان من سنته ان يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه ان يقفه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل واما ان كان ادخله من الحل فيستحب له ان يقفه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعى والثورى وابو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولا

حرج على من لم يقفه كان داخلا من الحل اولم يكن وقال ابو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك فى ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبى عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عنى مناسككم وقال الشافعى التعريف سنة مثل التقليد وقال ابو حنيفة ليس التعريف بسنة وانما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير فى تعريف الهدى اولا تعريفه . واما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى (ثم محلها الى البيت العتيق) وقال (هديا بالغ الكعبة) واجمع العلماء على ان الكعبة لايجوز لاحد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى فى قوله هديا بالغ الكعبة انه انما اراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وفقرائهم وكان مالك يقول انما المعنى فى قوله هديا بالغ الكعبة مكة وكان لايجيز لمن نحر هديه فى الحرم الا ان ينحره بمكة وقال الشافعى وابو حنيفة ان نحره فى غير مكة من الحرم اجزاه وقال الطبرى يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الا هدى القران وجزاء الصيد فانهما لاينحران الابالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفى العمرة بمكة الاما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعند مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى اجزاه وحجة مالك فى انه لايجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم: وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى الفدية فاجاز ذبحه بغير مكة . واما متى ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى التمتع او التطوع قبل يوم النحر لم يجزه وجوزه ابو حنيفة فى التطوع وقال الشافعى يجوز فى كليهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ماعدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لامنفعة فى ذلك لالأهل الحرم ولا لاهل مكة وانما اختلفوا فى الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد الذى هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . واما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحب مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى ان يلى نحر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى هديه ومن سنتها ان تنحر قياما لقوله سبحانه (فاذكروا اسم الله عليها صواف) وقد تكلم فى صفة النحر فى كتاب الذبائح . واما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وبلحمه فان فى ذلك مسائل مشهورة ، احداها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب او التطوع فذهب اهل الظاهر الى ان ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم اوجب ذلك وكره جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير

ضرووة والحجة للجمهور ماخرجه ابوداود عن جابر وقدسئل عن ركوب الهدى فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف اذا الجئت اليها حتى تجد ظهرا ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القربة الى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة اهل الظاهر مارواه مالك عن ابى الزناد الاعرج عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها فقال يارسول الله انها هدى فقال اركبها ويلك فى الثانية اوفى الثالثة واجمعوا ان هدى التطوع اذابلغ محله انه يأكل منه صاحبه كسائر الناس وانه اذاعطب قبل ان يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد داود ولا يطعم منه شيأ اهل رفقته لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع ناجية الاسلمى وقال له ان عطب منها شئ فانحره ثم اصبغ نعليه فى دمه وخل بينه وبين الناس وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه انت ولا اهل رفقتك وقال بهذه الزيادة داود وابوثور واختلفوا فيما يجب على من اكل منه فقال مالك ان اكل منه وجب عليه بدله وقال الشافعى وابوحنيفة والثورى واحمد وابن حبيب من اصحاب مالك عليه قيمة مااكل اوامر بأكله طعاما يتصدق به وروى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وماعطب فى الحرم قبل ان يصل مكة فهل بلغ محله ام لا فيه الخلاف مبنى على الخلاف المتقدم هل المحل هو مكة او الحرم . واما الهدى الواجب اذا عطب قبل محله فان لصاحبه ان يأكل منه لأن عليه بدله ومنهم من اجاز له بيع لحمه وان يستعين به فى البدل وكره ذلك مالك واختلفوا فى الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال الشافعى لايؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للمساكين وكذلك جله ان كان مجللا والنعل الذى قلد به وقال مالك يؤكل من كل الهدى الواجب الا جزاء الصيد ونذر المساكين وفدية الاذى وقال ابوحنيفة لايؤكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران وعمدة الشافعى تشبيه جميع اصناف الهدى الواجب بالكفارة . واما من فرق فلانه يظهر فى الهدى معنيان ، احدهما انه عبادة مبتداة والثانى انه كفارة واحد المعنيين فى بعضها اظهر فمن غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة فى نوع نوع من انواع الهدى كهدى القران وهدى التمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران افضل لم يشترط ان لايأكل لان هذا الهدى عنده هو فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لايأكله لاتفاقهم على انه لايأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر

من امرهما انهما كفارة لم يختلف هؤلاء الفقهاء فى انه لايأكل منها قال القاضى فقد قلنا فى حكم الهدى وفى جنسه وفى سنه وكيفية سوقه وشروط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ماقصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول فى هذا بحسب ترتيبنا تم القول فى هذا الكتاب بحسب غرضنا ولله الشكر والحمد كثيراً على ماوفق وهدى ومنّ به من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذى هو من عام اربعة وثمانين وخمسمائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذى وضعته منذ ازيد من عشرين عاما أونحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزم حين تأليف الكتاب اولا الايثبت كتاب الحج ثم بداله بعد فأثبته

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الجهاد ﴾

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر فى جملتين ، الجملة الاولى فى معرفة اركان الحرب ، الثانية فى احكام اموال المحاربين اذا تملكها المسلمون

(الجملة الاولى) وفى هذه الجملة فصول سبعة ، احدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم والثانى معرفة الذين يحاربون ، والثالث معرفة مايجوز من النكاية فى صنف صنف من اصناف اهل الحرب مما لايجوز ، والرابع معرفة جواز شروط الحرب ، والخامس معرفة العدد الذين لايجوز الفرار عنهم ، والسادس هل تجوز المهادنة ، والسابع لماذا يحاربون

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لافرض عين الا عبدالله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجمهور لكونه فرضاً لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية . واما كونه فرضا على الكفاية اعنى اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعدالله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الاوترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضا على الكفاية. واما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون

بما يغزون الاصحاء لا المرضى ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج) الآية . واما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا اعلم فيها خلافا وعامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان تكون عليه فرض عين مثل ان لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والاصل فى هذا ما ثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى اريد الجهاد قال أحى والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد واختلفوا فى اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا فى اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل : أيكفر الله عنى خطاياى ان مت صابراً محتسبا فى سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آنفاً والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

﴿ الفصل الثانى ﴾

فاما الذين يحاربون فاتفقوا على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ما روى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال : ذروا الحبشة ما وذرتكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما ما يجوز من النكاية فى العدو فان النكاية لا تخلو ان تكون فى الاموال أو فى النفوس أو فى الرقاب اعنى الاستعباد والتملك . فاما النكاية التى هى الاستعباد فهى جائزة بطريق الاجماع فى جميع انواع المشركين أعنى ذكرانهم واناثهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قوما رأوا أن يتركوا ولا يؤسروا بل يتركوا دون ان يعرض اليهم لا بقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فذرهم وما حبسوا انفسهم اليه اتباعا لفعل ابى بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير فى الاسارى فى خصال منها ان يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها ان يقتلهم ومنها ان يأخذ منهم الفداء ومنها ان يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمى انه اجماع الصحابة * والسبب فى اختلافهم تعارض الآية فى

هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لفعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان ظاهر قوله تعالى (فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا المن او الفداء وقوله تعالى (ما كان لنبى ان يكون له اسرى حتى يثخن فى الارض) الآية والسبب الذى نزلت فيه من اسارى بدر يدل على ان القتل افضل من الاستعباد واما هو عليه الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى فى غير ما موطن وقد من واستعبد النساء وقد حكى ابو عبيد انه لم يستعبد احرار ذكور العرب واجمعت الصحابة بعده على استعباد اهل الكتاب ذكرانهم واناثهم فمن رأى ان الآية الخاصة بقتل الاسارى ناسخة لفعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى ان الآية ليس فيها ذكر لقتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالاسارى بل فعله عليه الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما فى الآية ويحط العتب الذى وقع فى ترك قتل اسارى بدر قال بجواز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز واتفقوا على جواز تأمين الامام وجمهور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الا ما كان ابن الماجشون يرى انه موقوف على اذن الامام واختلفوا فى امان العبد وامان المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون وسحنون يقولان امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال ابو حنيفة لا يجوز امان العبد الا ان يقاتل * والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للقياس اما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب امان العبد بعمومه . واما القياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية فوجب ان يكون للعبودية تأثير فى اسقاطه قياسا على تأثيرها فى اسقاط كثير من الاحكام الشرعية وان تخصص ذلك العموم بهذا القياس . واما اختلافهم فى امان المرأة فسببه اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قد اجرنا من أجرت يا ام هانى وقياس المرأة فى ذلك على الرجل وذلك ان من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام : قد اجرنا من اجرت يا ام هانئ اجازة امانها لا صحته فى نفسه وانه لولا اجازته لذلك لم يؤثر قال لا امان للمرأة لا ان يجيزه الامام ومن فهم من ذلك ان امضاءه امانها كان من جهة انه قد كان انعقد واثر لا من جهة ان اجازته هى التى صححت عقده قال امان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فارقا فى ذلك اجاز امانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يجز امانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر فى الاستعباد وانما يؤثر فى القتل وقد يمكن ان يدخل الاختلاف فى هذا من قبل اختلافهم فى

الفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء ام لا اعنى بحسب العرف الشرعى . واما النكاية التى تكون فى النفوس فهى القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز فى الحرب قتل المشركين الذكران البالغين المقاتلين . واما القتل بعد الاسر ففيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم فى انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم مالم تقاتل المرأة والصبى فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال فى امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا فى اهل الصوامع المنتزعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعتوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الاعمى ولا المعتوه ولا اصحاب الصوامع ويترك لهم من اموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفانى عنده وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الثورى والاوزاعى لا يقتل الشيوخ فقط وقال الاوزاعى لا يقتل الحراث وقال الشافعى فى الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف * والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها لعموم الكتاب ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثابت : أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان او غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله . واما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال : لا تقتلوا اصحاب الصوامع . ومنها ايضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبى عليه الصلاة والسلام قال : لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا خرجه ابو داود ومن ذلك ايضا ما رواه مالك عن ابى بكر انه قال : ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا انفسهم لله فدعهم وما حبسوا انفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما ويشبه ان يكون السبب الاملك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال اولا انما ابيح لمن يقاتل قال الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناها من عموم تلك وقد احتج الشافعى بحديث سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اقتلوا شيوخ المشركين

واستحيوا شرخهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هى الكفر فوجب ان تطرد هذه العلة فى جميع الكفار . واما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احتج فى ذلك بما روى عن زيد بن وهب قال أتانا كتاب عمر رضى الله عنه وفيه لا تغلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليداً واتقوا الله فى الفلاحين وجاء فى حديث رباح بن ربيعة النهى عن قتل العسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة غزاها فمر رباح واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر فى وجوه القوم فقال لاحدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتلن ذرية ولا عسيفا ولا امرأة * والسبب الموجب بالجملة لاختلافهم اختلافهم فى العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هى الكفر لم يستثن أحدا من المشركين ومن زعم ان العلة فى ذلك اطاقة القتال للنهى عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالفلاح والعسيف وصح النهى عن المثلة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا فى تحريقهم بالنار فكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثورى وقال بعضهم ان ابتدأ العدو بذلك جاز والا فلا * والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص . اما العموم فقوله (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل . واما الخصوص فما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فى رجل : ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمى الحصون بالمجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبى عليه الصلاة والسلام : نصب المنجنيق على اهل الطائف . واما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فقالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعى وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يجزه قوله تعالى (لو تزيلوا لعذبنا الذين كفروا منهم عذابا أليما) الآية . واما من اجاز ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكاية التى يجوز ان تبلغ بهم فى نفوسهم ورقابهم . واما النكاية التى تجوز فى اموالهم وذلك فى المبانى والحيوان والنبات فانهم اختلفوا فى ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يجز قتل المواشى ولا تحريق النخل وكره الاوزاعى قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان او غير ذلك وقال الشافعى تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل * والسبب فى اختلافهم مخالفة فعل ابى بكر فى ذلك لفعله

عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام : حرق نخل بنى النضير وثبت عن ابى بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تخربن عامرا فمن ظن ان فعل ابى بكر هذا انما كان لمكان علمه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على ابى بكر ان يخالفه مع علمه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا ببنى النضير لغزوهم قال بقول ابى بكر ومن اعتمد فعله عليه الصلاة والسلام ولم ير قول احد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثلة وقد نهى عن المثلة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام انه قتل حيوانا فهذا هو معرفه النكاية التى يجوز ان تبلغ من الكفار فى نفوسهم واموالهم

﴿ الفصل الرابع ﴾

فاما شرط الحرب فهو بلوغ الدعوة باتفاق اعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة وذلك شئ مجتمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا) واما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فانهم اختلفوا فى ذلك فمنهم من اوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب فى اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لاميرها : اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال اوخلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذى يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم فى الفئ والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أجابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويغير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجمهور من ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك انما كان فى اول الاسلام قبل ان تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجه من الجمع .

﴿ الفصل الخامس ﴾

واما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم ان فيكم ضعفاً) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك ان الضعف انما يعتبر فى القوة لا فى العدد وانه يجوز أن يفر الواحد عن واحد اذا كان اعتق جواداً منه واجود سلاحاً واشد قوة .

﴿ الفصل السادس ﴾

فاما هل تجوز المهادنة فان قوما اجازوها ابتداء من غير سبب اذا رأى ذلك الامام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجيزوها الا لمكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك اما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية اذ كانت الجزية انما شرطها ان تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم احكام المسلمين واما بلا شئ يأخذونه منهم وكان الاوزاعى يجيز ان يصالح الامام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون الكفار شيئاً الا ان يخافوا ان يصطلموا لكثرة العدو وقلتهم أو لمحنة نزلت بهم وممن قال باجازة الصلح اذا رأى الامام ذلك مصلحة مالك والشافعى وابو حنيفة الا ان الشافعى لا يجوز عنده الصلح لاكثر من المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية * وسبب اختلافهم فى جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) فمن رأى ان آية الامر بالقتال حتى يسلموا او يعطوا الجزية ناسخة لاية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى ان آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز اذا رأى ذلك الامام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك ان صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة . واما الشافعى فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير ان يزاد على المدة التى صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف فى هذه المدة فقيل كانت اربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك

قال الشافعى وامامن أجاز ان يصالح المسلمون المشركين بان يعطوا لهم المسلمون شيأ اذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة اوغيرها فمصيرا الى ماروى انه كان عليه السلام قدهم ان يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا فى جملة الاحزاب لتخييبهم فلم يوافقه على القدر الذى كان سمح له به من ثمر المدينة حتى افاء الله بنصره وامامن لم يجز ذلك الا ان يخاف المسلمون ان يصطلموا فقياساً على اجماعهم على جواز فداء اسارى المسلمين لان المسلمين اذا صاروا فى هذا الحد فهم بمنزلة الاسارى.

﴿ الفصل السابع ﴾

فاما لماذا يحاربون فاتفق المسلمون على ان المقصود بالمحاربة لاهل الكتاب ماعدى اهل الكتاب من قريش ونصارى العرب هو احد امرين اما الدخول فى الاسلام واما اعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لايؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ماحرم الله ورسوله ولايدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على اخذها من المجوس لقوله صلى الله عليه وسلم : سنوابهم سنة اهل الكتاب واختلفوا فيما سوى اهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركى العرب وقال الشافعى وابو ثور وجماعة لاتؤخذ الامن اهل الكتاب والمجوس * والسبب فى اختلافهم معارضة العموم للخصوص . اما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام: أمرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله . واما الخصوص فقوله لامراء السرايا الذين كان يبعثهم الى مشركى العرب ومعلوم انهم كانوا غير اهل كتاب : فاذا لقيت عدوك فادعهم الى ثلاث خصال فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى ان العموم اذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لاتقبل الجزية من مشرك ماعدا اهل الكتاب لان الآى الامر بقتالهم على العموم هى متأخرة عن ذلك الحديث وذلك ان الامر بقتال المشركين عامة هو فى سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث انما هو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى ان العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين . واما تخصيص اهل الكتاب من سائر المشركين فخرج

من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون) وسيأتى القول فى الجزية واحكامها فى الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هى اركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة النهى عن السفر بالقرآن الى ارض العدو وعامة الفقهاء على ان ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ابو حنيفة يجوز ذلك اذا كان فى العساكر المامونة * والسبب فى اختلافهم هل النهى عام اريد به العام اوعام اريد به الخاص .

(الجملة الثانية) والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر ايضاً فى سبعة فصول ، الاول فى حكم الخمس ، الثانى فى حكم الاربعة الاخماس ، الثالث فى حكم الانفال ، الرابع فى حكم ماوجد من اموال المسلمين عند الكفار ، الخامس فى حكم الارضين ، السادس فى حكم الفئ ، السابع فى احكام الجزية والمال الذى يؤخذ منهم على طريق الصلح

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق المسلمون على ان الغنيمة التى تؤخذ قسرا من ايدى الروم ماعدا الارضين ان خمسها للامام واربعة اخماسها للذين غنموها لقوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه وللرسول) الآية واختلفوا فى الخمس على اربعة مذاهب مشهورة ، احدها ان الخمس يقسم على خمسه اقسام على نص الآية وبه قال الشافعى ، والقول الثانى انه يقسم على اربعة اخماس وان قوله تعالى (فان لله خمسه) هو افتتاح كلام وليس هو قسماً خامساً ، والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلاثة اقسام وان سهم النبى وذوى القربى سقطا بموت النبى صلى الله عليه و سلم والقول الرابع ان الخمس بمنزلة الفئ يعطى منه الغنى والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم اربعة اخماس اوخمسة اختلفوا فيم يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعد موته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقى الجيش وقال قوم بل سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوى القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان فى السلاح والعدة واختلفوا فى القرابة من هم فقال قوم بنو هاشم فقط وقال قوم بنو عبدالمطلب وبنو هاشم * وسبب اختلافهم فى هل الخمس يقصر على الاصناف المذكورين ام يعدى لغيرهم هو هل ذكر تلك الاصناف فى الآية المقصود منها تعيين الخمس لهم ام قصد التنبيه بهم على غيرهم

فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى انه من باب الخاص أريد به الخاص قال لايتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذى عليه الجهور ومن رأى انه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للامام ان يصرفها فيما يراه صلاحا للمسلمين واحتج من رأى ان سهم النبى صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام انه قال اذا اطعم الله نبياً طعمة فهو للخليفة بعده. واما من صرفه على الاصناف الباقين اوعلى الغانمين فتشبيهاً بالصنف المحبس عليهم. واما من قال القرابة هم بنوهاشم وبنوالمطلب فانه احتج بحديث جبير بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى لبنى هاشم وبنى المطلب من الخمس قال وانما بنوهاشم وبنوالمطلب صنف واحد ومن قال بنوهاشم صنف فلانهم الذين لايحل لهم الصدقة واختلف العلماء فى سهم النبى صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولاخلاف عندهم فى وجوب الخمس له غاب عن القسمة او حضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس او امة أوعبد وروى ان صفية كانت من الصفى واجمعوا على ان الصفى ليس لاحد من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الاأباثور فانه قال يجرى مجرى سهم النبى صلى الله عليه وسلم

﴿الفصل الثانى﴾

واجمع جمهور العلماء على ان اربعة أخماس الغنيمة للغانمين اذا خرجوا باذن الامام واختلفوا فى الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكم يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على ان أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام أوبغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ) الآية وقال قوم اذا خرجت السرية اوالرجل الواحد بغير اذن الامام فكل ماساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور تمسكوا بظاهر الآية وهؤلاء كانهم اعتمدوا صورة الفعل الواقع من ذلك فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا انما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا ان اذن الامام شرط فى ذلك وهو ضعيف. واما من له السهم من الغنيمة فانهم اتفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا فى اضدادهم اعنى فى النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن

يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لايرضخ ولالهم حظ الغانمين وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغانمين وهو قول الاوزاعى وكذلك اختلفوا فى الصبى المراهق فمنهم من قال يقسم له وهو مذهب الشافعى ومنهم من اشترط فى ذلك ان يطيق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم فى العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً أم الاحرار فقط دون العبيد وأيضا فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انتشر فيهم رضى الله عنهم ان الغلمان لاسهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن ابى شيبة من طرق عنهما قال ابو عمر بن عبد البر أصح ماروى من ذلك عن عمر مارواه سفيان ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن اوس بن الحدثان قال قال عمر ليس احد الاوله فى هذا المال حق الا ماملكت أيمانكم وانما صار الجمهور الى ان المرأة لايقسم لها ويرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت كنا نغزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحى ونمرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنيمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى تشبيه المرأة بالرجل فى كونها اذا غزت لها تأثير فى الحرب أم لا فانهم اتفقوا على ان النساء مباح لهن الغزو فمن شبههن بالرجال اوجب لهن نصيباً فى الغنيمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال فى هذا المعنى اما لم يوجب لهن شيئاً واما اوجب لهن دون حظ الغانمين وهو الارضاخ والاولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اسهم للنساء بخيبر وكذلك اختلفوا فى التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لايسهم لهم الا ان يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه) بالقياس الذى يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغانمين وذلك ان من رأى ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا اما التجارة واما الاجارة استثناهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم اقوى من هذا القياس اجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناهم ماخرجه عبدالرزاق ان عبدالرحمن ابن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابى ان يخرج معه واعتذر له بأمر عياله واهله فاعطاه عبدالرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما هزموا العدو سأل الرجل عبدالرحمن نصيبه من المغنم فقال عبدالرحمن سأذكر امرك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكره له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظه ونصيبه من غزوه فى أمر دنياه وآخرته وخرج

مثله ابوداود عن يعلى بن منبه ومن اجازله القسم شبهه بالجعائل ايضا وهوان يعين اهل الديوان بعضهم بعضا اعنى يعين القاعد منهم الغازى وقد اختلف العلماء فى الجعائل فاجازها مالك ومنعها غيره ومنهم من اجاز ذلك من السلطان فقط أو اذا كانت ضرورة وبه قال ابوحنيفة والشافعى . واما الشرط الذى يجب به للمجاهد السهم من الغنيمة فان الاكثر على انه اذا شهد القتال وجب له السهم وان لم يقاتل وانه اذا جاء بعد القتال فليس له سهم فى الغنيمة وبهذا قال الجمهور وقال قوم اذا لحقهم قبل ان يخرجوا الى دار الاسلام وجب له حظه من الغنيمة ان اشتغل فى شئ من اسبابها وهو قول ابى حنيفة * والسبب فى اختلافهم سببان القياس والاثر اما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازى فى الحفظ بتأثيره فى الاخذ وذلك ان الذى شهد القتال له تأثير فى الاخذ اعنى فى اخذ الغنيمة وبذلك استحق السهم والذى جاء قبل ان يصلوا الى بلاد المسلمين له تأثير فى الحفظ فمن شبه التأثير فى الحفظ بالتأثير فى الاخذ قال يجب له السهم وان لم يحضر القتال ومن رأى ان الحفظ أضعف لم يوجب له واما الاثر فان فى ذلك اثرين متعارضين احدهما ماروى عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث ابان بن سعيد على سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان واصحابه على النبى صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحوها فقال ابان اقسم لنا يارسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها والاثر الثانى ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر: أن عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لاحد غاب عنها قالوا فوجب له السهم لان اشتغاله كان بسبب الامام قال ابوبكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال. الغنيمة لمن شهد الوقيعة . وأما السرايا التى تخرج من العساكر فتغنم فالجمهور على ان أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وان لم يشهدوا الغنيمة ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام: وتردسراياهم على قعدتهم خرّجه أبوداود ولان لهم تأثيراً ايضاً فى اخذ الغنيمة وقال الحسن البصرى اذا خرجت السرية باذن الامام من عسكره خمسها وما بقى فلاهل السرية وان خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقى بين اهل الجيش كله وقال النخعى الامام بالخيار ان شاء خمس ماترد السرية وان شاء نفله كله * والسبب ايضاً فى هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير العسكر فى غنيمة السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم اهل السرية فاذن الغنيمة انما تجب عند الجمهور للمجاهد باحد شرطين ، اما ان يكون ممن حضر القتال ، واما ان يكون ردءاً لمن حضر القتال . واما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا فى الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة اسهم سهم له

وسهمان لفرسه وقال ابوحنيفة للفارس سهمان سهم لفرسه وسهم له * والسبب فى اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للاثر وذلك ان أباداود خرج عن ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم : أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج ايضاً عن مجمع بن حارثة الانصارى مثل قول ابى حنيفة . واما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو ان يكون سهم الفرس اكثر من سهم الانسان هذا الذى اعتمده ابو حنيفة فى ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشئ لان سهم الفرس انما استحقه الانسان الذى هو الفارس بالفرس وغير بعيد ان يكون تأثير الفارس بالفرس فى الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراجل بل لعله واجب مع ان حديث ابن عمر أثبت واما ما يجوز للمجاهد ان يأخذ من الغنيمة قبل القسم فان المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخائط والمخيط فان الغلول عار وشنار على اهله يوم القيامة الى غير ذلك من الآثار الواردة فى هذا الباب واختلفوا فى اباحة الطعام للغزاة ماداموا فى ارض الغزو فاباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب * والسبب فى اختلافهم معارضة الآثار التى جاءت فى تحريم الغلول للآثار الواردة فى اباحة اكل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن ابى أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجازا كل الطعام للغزاة ومن رجح احاديث تحريم الغلول على هذا لم يجز ذلك وحديث ابن مغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا اعطى منه شيئاً فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرّجه البخارى ومسلم وحديث ابن ابى أوفى قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه خرجه أيضاً البخارى واختلفوا فى عقوبة الغال فقال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير * وسبب اختلافهم اختلافهم فى تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر انه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرقوا متاعه .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما تنفيل الامام من الغنيمة لمن شاء اعنى ان يزيده على نصيبه فان العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شئ يكون النفل وفى مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل ام ليس يجب الا ان ينفله له الامام فهذه أربع مسائل هى قواعد هذا الفصل .

(اما المسئلة الاولى) فان قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل انما يكون من خمس الخمس وهو حظ الامام فقط وهو الذى اختاره الشافعى وقال قوم بل النفل من جملة الغنيمة وبه قال احمد وابو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنيمة * والسبب فى اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردتين فى المغانم تعارض أم هما على التخيير اعنى قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ) الآية وقوله تعالى (يسألونك عن الانفال) الآية فمن رأى ان قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ فان لله خمسه) ناسخة لقوله تعالى (يسألونك عن الانفال) قال لا نفل الا من الخمس او من خمس الخمس ومن رأى ان الآيتين لا معارضة بينهما وانهما على التخيير اعنى ان للامام ان ينفل من رأس الغنيمة من شاء وله الا ينفل بان يعطى جميع أرباع الغنيمة للغانمين قال بجواز النفل من رأس الغنيمة ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى هذا الباب وفى ذلك أثران ، أحدهما ماروى مالك عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبدالله بن عمر قبل نجد فغنموا أبلا كثيرة فكان سهمانهم اثنى عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً وهذا يدل على ان النفل كان بعد القسمة من الخمس والثانى حديث حبيب بن مسلمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس فى البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس فى الرجعة يعنى فى بداءة غزوه عليه السلام وفى انصرافه .

(واما المسئلة الثانية) وهى مامقدار ما للامام ان ينفل من ذلك عند الذين اجازوا النفل من رأس الغنيمة فان قوماً قالوا لا يجوز ان ينفل اكثر من الثلث اوالربع على حديث حبيب ابن مسلمة وقال قوم ان نفل الامام السرية جميع ماغنمت جاز مصيراً الى ان آية الانفال غير منسوخة بل محكمة وانها على عمومها غير مخصصة ومن رأى انها مخصصة بهذا الاثر قال لا يجوز ان ينفل اكثر من الربع او الثلث .

(واما المسئلة الثالثة) وهى هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب ام ليس يجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فكره ذلك مالك واجازه جماعة * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغزو لظاهر الاثر وذلك ان الغزو انما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هى العليا فاذا وعد الامام بالنفل قبل الحرب خيف ان يسفك الغزاة دماءهم فى حق غير الله واما الاثر الذى يقتضى ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة ان النبى عليه السلام كان ينفل فى الغزو السرايا الخارجة من العسكر الربع وفى القفول الثلث ومعلوم ان المقصود من

هذا انما هو التنشيط على الحرب

(واما المسئلة الرابعة) وهى هل يجب سلب المقتول للقاتل اوليس يجب الا ان نفله له الامام فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول الا ان ينفله له الامام على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال ابو حنيفة والثورى وقال الشافعى واحمد وابو ثور و اسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام اولم يقله ومن هؤلاء من جعل السلب له على كل حال ولم يشترط فى ذلك شرطاً ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا قتله مقبلا غير مدبر وبه قال الشافعى ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل قبل معمعة الحرب او بعدها واما ان قتله فى حين المعمعة فليس له سلب وبه قال الاوزاعى وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يخمسه * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه الصلاة والسلام يوم حنين بعدما برد القتال من قتل قتيلا فله سلبه ان يكون ذلك منه عليه الصلاة و السلام على جهة النفل اوعلى جهة الاستحقاق للقاتل و مالك رحمه الله قوى عنده انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه الصلاة و السلام ولاقضى به الا ايام حنين ولمعارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق اعنى قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شئ) الآية فانه لما نص فى الآية على ان الخمس لله علم ان الاربعة الاخماس واجبة للغانمين كما انه لما نص على الثلث للام فى المواريث علم ان الثلثين للاب قال ابو عمر وهذا القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم فى حنين وفى بدر وروى عن عمر بن الخطاب انه قال كنا لا نخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج ابو داود عن عوف بن مالك الاشجعى وخالد بن الوليد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للقاتل وخرج ابن ابى شيبة عن انس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعنه طعنة على قربوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين الفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابى طلحة انا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيرا ولا ارانى الا خمسته قال قال ابن سيرين فحدثنى انس بن مالك انه اول سلب خمس فى الاسلام وبهذا تمسك من فرق بين السلب القليل والكثير واختلفوا فى السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما اموال المسلمين التى تسترد من ايدى الكفار فانهم اختلفوا فى ذلك على اربعة اقوال مشهورة، احدها ان ما استرد المسلمون من ايدى الكفار من اموال المسلمين فهو لاربابها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شىء ومن قال بهذا القول الشافعى واصحابه وابو ثور، والقول الثانى ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شىء وهذا القول قاله الزهرى وعمر وبن دينار وهو مروى عن على بن ابى طالب، والقول الثالث ان ما وجد من اموال المسلمين قبل القسم فصاحبه احق به بلا ثمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه احق به بالقيمة وهؤلاء انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأى فى كل ما استرده المسلمون من ايدى الكفار باى وجه صار ذلك الى ايدى الكفار وفى أى موضع صار وممن قال بهذا القول مالك والثورى وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى ايدى الكفار غلبة وحازوه حتى اوصلوه الى دار المشركين وبين ما اخذ منهم قبل ان يحوز وه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا اما حازوه فحكمه ان الفاه صاحبه قبل القسم فهو له وان الفاه بعد القسم فهو احق به بالثمن قالوا واما لم يحزه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه احق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم فى هل يملك الكفار على المسلمين اموالهم اذا غلبوهم عليها ام ليس يملكونها * وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة تعارض الآثار فى هذا الباب و القياس وذلك ان حديث عمران بن حصين يدل على ان المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئا وهو قال اغار المشركون على سرح المدينة واخذوا العضباء ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغى حتى اتت العضباء فاتت ناقة ذلولا فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لئن نجاها الله لتنحرنها فلما قدمت المدينة عرفت الناقة فاتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال: بئس ما جزيتها لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولا نذر فى معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو انه غار له فرس فاخذها العدو فظهر عليه المسلمون فردت عليه فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان. واما الاثر الذى يدل على ملك الكفار على المسلمين فقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعنى انه باع دوره التى كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة . واما القياس فان من

شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون اموالهم كحال الباغى مع العادل اعنى انه لا يملك عليهم الامرين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس يملك فهو ضامن للشىء ان فاتت عينه وقد اجمعوا على ان الكفار غير ضامنين لاموال المسلمين فلزم عن ذلك ان الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا واما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما اخذه المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار اليهم من تلقائه مثل العبد الآبق والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس يجد وسطا بين ان يقول اما ان يملك المشرك على المسلم شيئا أو لا يملكه الا ان يثبت فى ذلك دليل سمعى لكن اصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عمارة عن عبد المالك بن ميسرة عن طاوس عن ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد اصابوه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اصبته قبل ان يقسم فهو لك وان اصبته بعد القسم اخذته بالقيمة لكن الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند اهل الحديث والذى عول عليه مالك فيما احسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له اخذه بالثمن بعد القسم على ظاهر حديثه واستثناء ابى حنيفة ام الولد والمدبر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ما عدا هذين وكذلك قول مالك فى أم الولد انه اذا اصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يفديها فان لم يفعل اجبر سيدها على فدائها فان لم يكن له مال اعطيت له واتبعه الذى خرجت فى نصيبه بقيمتها دينا متى أيسر هو قول ايضا ليس له حظ من النظر لانه ان لم يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل له عليها وايضا فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا ان يثبت فى ذلك سماع ومن هذا الاصل اعنى من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أو لا يملك اختلف الفقهاء فى الكافر يسلم وبيده مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وابو حنيفة يصح له وقال الشافعى على اصله لا يصح له واختلف مالك وابو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص واخذ مما فى ايديهم مال مسلم فقال ابو حنيفة هو اولى به وان اراده صاحبه اخذه بالثمن وقال مالك هو لصاحبه فلم يجر على اصله ومن هذا الباب اختلافهم فى الحربى يسلم ويهاجر ويترك فى دار الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس

للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيح للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام : فاذا قالوها عصموا منى دماءهم واموالهم فمن زعم ان ههنا مبيحا للمال غير الكفر من تملك عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض به هذه القاعدة والله اعلم.

﴿ الفصل الخامس ﴾

واختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة فقال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفاً يصرف خراجها فى مصالح المسلمين من ارزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الا ان يرى الامام فى وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضى القسمة فان له ان يقسم الارض وقال الشافعى الارضون المفتتحة تقسم كما تقسم الغنائم يعنى خمسة اقسام وقال ابو حنيفة الامام مخير بين ان يقسمها على المسلمين او يضرب على اهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم * وسبب اختلافهم مايظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضى بظاهرها ان كل ماغنم يخمس وهو قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى فى آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطفاً على ذكر الذين أوجب لهم الفئ يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والاتين شركاء فى الفئ كما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال فى قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ماارى هذه الآية الا قد عمت الخلق حتى الراعى بكداء أو كلاما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التى افتتحت فى ايامه عنوة من ارض العراق ومصر فمن رأى ان الآيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر مخصصة لآية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الآيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الانفال فى الغنيمة وآية الحشر فى الفئ على ما هو الظاهر من ذلك قال تخمس الارض ولابد ولاسيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام : قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذى يجرى مجرى البيان للمجمل فضلا عن العام . واما ابو حنيفة فانما ذهب الى التخيير بين القسمة وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى خيبر بالشطر ثم ارسل ابن رواحة فقاسمهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام

بالخيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذى فعل عمر رضى الله عنه وان اسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيراً بين المن عليهم او قسمتها على مافعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة اعنى من المن وهذا انما يصح على رأى من رأى انه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا فى ذلك وان كان الاصح انه افتتحها عنوة لانه الذى خرجه مسلم وينبغى ان تعلم ان قول من قال ان آية الفئ وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية الفئ ناسخة لآية الغنيمة او مخصصة لها انه قول ضعيف جداً الا ان يكون اسم الفئ والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان آية الانفال توجب التخميس وآية الحشر توجب القسمة دون التخميس فوجب ان تكون احداهما ناسخة للاخرى او يكون الامام مخيراً بين التخميس وترك التخميس وذلك فى جميع الاموال المغنومة وذكر بعض اهل العلم انه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من يريد ان يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ماعدا الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة بعض مافى الاخرى او ناسخة له حتى تكون آية الانفال خصصت من عموم آية الحشر ماعدا الارضين فاوجبت فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الانفال الارض فلم توجب فيها خمساً وهذه الدعوى لاتصح الا بدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول فى نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذى تضمنته آية الانفال وذلك ان قوله تعالى (فما أوجفتم عليه من خيل ولاركاب) هو تنبيه على العلة التى من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توجد بالايجاف .

﴿ الفصل السادس فى قسمة الفئ ﴾

واما الفئ عند الجمهور فهو كل ماصار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل او رجل واختلف الناس فى الجهة التى يصرف اليها فقال قوم ان الفئ لجميع المسلمين الفقير والغنى وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه فى النوائب التى تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولاخمس فى شئ منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن ابى بكر وعمر وقال الشافعى بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا فى آية الغنائم وهم الاصناف الذين ذكروا فى الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقى هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى

واحسب ان قوما قالوا ان الفئ غير مخمس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو احد اقوال الشافعى فيما احسب * وسبب اختلاف من رأى انه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة او هو مصروف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلافهم فى قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك اعنى ان من جعل ذكر الاصناف فى الآية تنبيها على المستحقين له قال هو لهذه الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديداً الذين يستوجبون هذا المال قال لا يتعدى بهم هؤلاء الاصناف اعنى انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه واما تخميس الفئ فلم يقل به احد قبل الشافعى وانما حمله على هذا القول انه رأى الفئ قد قسم فى الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك أن فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع الفئ لا جزأً منه وهو الذى ذهب اليه فيما احسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت اموال بنى النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبى صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على اهله نفقة سنة وما بقى يجعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

﴿ الفصل السابع فى الجزية ﴾

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر فى ست مسائل ، المسئلة الاولى ممن يجوز أخذ الجزية ، الثانية على اى الاصناف منهم تجب الجزية ، الثالثة كم يجب ، الرابعة متى تجب ومتى تسقط ، الخامسة كم اصناف الجزية ، السادسة فيما ذا يصرف مال الجزية .

(المسئلة الاولى) فاما من يجوز اخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز اخذها من اهل الكتاب العجم ومن المجوس كما تقدم واختلفوا فى أخذها ممن لا كتاب له وفيمن هو من اهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشى كتابى وقد تقدمت هذه المسئلة .

(واما المسئلة الثانية) وهى اى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انها انما تجب بثلاثة اوصاف ، الذكورية ، والبلوغ ، والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان اذ كانت انما هى عوض من القتل والقتل انما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك اجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا فى

اصناف من هؤلاء . منها فى المجنون وفى المقعد . ومنها فى الشيخ . ومنها فى اهل الصوامع . ومنها فى الفقير هل يتبع بها دينا متى ايسر ام لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت شرعى * وسبب اختلافهم مبنى على هل يقتلون ام لا اعنى هؤلاء الاصناف .

(واما المسئلة الثالثة) وهى كم الواجب فانهم اختلفوا فى ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب فى ذلك هو ما فرضه عمر رضى الله عنه وذلك على اهل الذهب اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعون درهما ومع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة ايام لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه وقال الشافعى اقله محدود وهو دينار واكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصالحون عليه وقال قوم لا توقيت فى ذلك وذلك مصروف الى اجتهاد الامام وبه قال الثورى وقال ابو حنيفة واصحابه الجزية اثنا عشر درهما واربعة وعشرون درهما وثمانية واربعون لا ينقص الفقير من اثنى عشر درهما ولا يزاد الغنى على ثمانية واربعين درهما والوسط اربعة وعشرون درهما وقال احمد دينار اوعدله معافر لا يزاد عليه ولا ينقص منه * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث معاذاً الى اليمن وامره أن يأخذ من كل حالم ديناراً اوعدله معافر وهى ثياب باليمن وثبت عن عمر انه ضرب الجزية على اهل الذهب اربعة دنانير وعلى اهل الورق اربعين درهما مع ذلك ارزاق المسلمين وضيافة ثلاثة ايام وروى عنه ايضاً انه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على اهل السواد ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثنى عشر فمن حمل هذه الاحاديث كلها على التخيير وتمسك فى ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية اذ ليس فى توقيت ذلك حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم متفق على صحته وانما ورد الكتاب فى ذلك عاما قال لا حد فى ذلك وهو الاظهر والله اعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال اقله محدود ولا حد لاكثره ومن رجح احد حديثى عمر قال اما باربعين درهما واربعة دنانير واما بثمانية واربعين درهما واربعة وعشرين واثنى عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لانه مرفوع قال دينار فقط اوعدله معافر لا يزاد على ذلك ولا ينقص منه .

(واما المسئلة الرابعة) وهى متى تجب الجزية فانهم اتفقوا على انها لا تجب الا بعد الحول وانها تسقط عنه اذا اسلم قبل انقضاء الحول واختلفوا اذا اسلم بعد ما يحول عليه الحول هل تؤخذ منه جزية للحول الماضى باسره اولما مضى منه فقال قوم اذا اسلم فلا جزية عليه بعد انقضاء الحول كان اسلامه او قبل انقضائه وبهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة ان أسلم

بعدالحول وجبت عليه الجزية وان اسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لاتجب عليه قبل انقضاء الحول لان الحول شرط فى وجوبها فاذا وجد الرافع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب اعنى قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انقضاء الحول لانها قدوجبت فمن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب فى الكفر كما يهدم كثيراً من الواجبات قال تسقط عنه وان كان اسلامه بعدالحول ومن رأى انه لايهدم الاسلام هذا الواجب كما لايهدم كثيراً من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لاتسقط بعد انقضاء الحول * فسبب اختلافهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة اولايهدمها .

﴿واماالمسئلة الخامسة﴾ وهى كم اصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة اصناف جزية عنوية وهى هذه التى تكلمنا فيها اعنى التى تفرض على الحربيين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهى التى يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لافى الواجب ولافيمن يجب عليه ولامتى يجب عليه وانماذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع فى ذلك بين المسلمين واهل الصلح الاان يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجباً على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدرما اذا أعطاه من انفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون اقلها محدودا واكثرها غير محدود واماالجزية الثالثة فهى العشرية وذلك أن جمهور العلماء على انه ليس على اهل الذمة عشر ولازكاة اصلافى اموالهم الامارُوى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب اعنى انهم اوجبوا اعطا ضعف ماعلى المسلمين من الصدقة فى شئ شئ من الاشياء التى تلزم فيها المسلمين الصدقة وممن قال بهذا القول الشافعى وابوحنيفة واحمد والثورى وهو فعل عمر بن الخطاب رضى الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك فى ذلك نص فيما حكوا وقد تقدم ذلك فى كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم فى الاموال التى يتجرون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة اوالاذن ان كانوا حربيين ام لاتجب الابالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار اهل الذمة الذين لزمتهم بالاقرار فى بلدهم الجزية يجب ان يأخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر الامايسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه ابوحنيفة فى وجوبه بالاذن فى التجارة اوبالتجارة نفسها وخالفه فى القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم فى العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا . واما ابوحنيفة فاشترط فى وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور فى كتاب الزكاة وقال الشافعى ليس يجب عليهم عشر اصلا

ولا نصف عشر فى نفس التجارة ولا فى ذلك شئ محدود الاما اصطلح عليه أو اشترط فعلى هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبى حنيفة تكون جنساً ثالثا من الجزية غير الصلحية والتى على الرقاب * وسبب اختلافهم انه لم يأت فى ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت ان عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى ان فعل عمر هذا انما فعله بامر كان عنده فى ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب ان يكون ذلك سنتهم ومن رأى ان فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لوكان على غير ذلك لذكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى ابوعبيد فى كتاب الاموال عن رجل من اصحاب النبى عليه الصلاة والسلام لا اذكر اسمه الآن انه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركى العرب فقال لانهم كانوا يأخذون منا العشر اذا دخلنا اليهم قال الشافعى واقل مايجب ان يشارطوا عليه هو مافرضه عمر رضى الله عنه وان شورطوا على اكثر فحسن قال وحكم الحربى اذا دخل بامان حكم الذمى.

﴿ واما المسئلة السادسة ﴾ وهى فيماذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على أنها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال فى الفئ عند من رأى انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الفئ انما ينطلق على الجزية فى آية الفئ واذا كان الامر هكذا فالاموال الاسلامية ثلاثة اصناف ، صدقة ، وفئ ، وغنيمة وهذا القدر كاف فى تحصيل قواعد هذا الكتاب والله الموفق للصواب

﴿ كتاب الايمان ﴾

وهذا الكتاب ينقسم اولا الى جملتين ، الجملة الاولى فى معرفة ضروب الايمان واحكامها ، والجملة الثانية فى معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة واحكامها

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول ، الفصل الاول فى معرفة الايمان المباحة وتميزها من غير المباحة ، الثانى فى معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة ، الثالث فى معرفة الايمان التى ترفعها الكفارة والتى لاترفعها

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الجمهور على ان الاشياء منها ما يجوز فى الشرع ان يقسم به ومنها مالا يجوز ان يقسم به واختلفوا اى الاشياء هى الاشياء التى بهذه الصفة فقال قوم ان الحلف المباح فى الشرع هو الحلف بالله وان الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين قالوا ان الايمان المباحة هى الايمان بالله اتفقوا على اباحة الايمان التى باسمائه واختلفوا فى الايمان التى بصفاته وافعاله * وسبب اختلافهم فى الحلف بغير الله من الاشياء المعظمة بالشرع معارضة ظاهر الكتاب فى ذلك للاثر وذلك ان الله قد اقسم فى الكتاب باشياء كثيرة مثل قوله (والسماء والطارق) وقوله (والنجم اذا هوى) الى غير ذلك من الاقسام الواردة فى القرآن وثبت ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت فمن جمع بين الاثر والكتاب بان قال ان الاشياء الواردة فى الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وان التقدير ورب النجم ورب السماء قال الايمان المباحة هى الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث انما هو ان لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه : ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم وان هذا من باب الخاص أريد به العام اجاز الحلف بكل معظم فى الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم فى بناء الآية والحديث . واما من منع الحلف بصفات الله وبافعاله فضعيف * وسبب اختلافهم هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعدى الى الصفات والافعال لكن تعليق الحكم فى الحديث بالاسم فقط جمود كثير وهو اشبه بمذهب اهل الظاهر وان كان مرويا فى المذهب حكاه اللخمى عن محمد بن المواز وشذت فرقة فمنعت اليمين بالله عز وجل والحديث نص فى مخالفة هذا المذهب

﴿ الفصل الثانى ﴾

واتفقوا ايضا على ان الايمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) واختلفوا فيما هى اللغو فذهب مالك وابو حنيفة الى انها اليمين على الشئ يظن الرجل انه على يقين منه فيخرج الشئ على خلاف ما حلف عليه وقال الشافعى لغو اليمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل فى اثناء المخاطبة لا والله لا بالله مما يجرى على الالسنة بالعادة من غير ان يعتقد لزومه وهذا القول رواه مالك فى

الموطأ عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن ابى الحسن وقتادة ومجاهد و ابراهيم النخعى وفيه قول ثالث و هو ان يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضى من اصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو ان يحلف الرجل على ان لا يأكل شيئا مباحا له بالشرع * والسبب فى اختلافهم فى ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو وذلك ان اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغوا فيه لعلكم تغلبون) وقد يكون الكلام الذى لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على ان اللغو فى الآية هو هذا ان هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب ان يكون الحكم المضاد للشئ المضاد والذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق اوالحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب ما يعتقد فى ذلك قوم فانما ذهبوا الى ان اللغو ههنا يدل على معنى عرفى فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع اخر سقوط حكمها مثل ماروى انه : لا طلاق فى اغلاق وما اشبه ذلك لكن الاظهر هما القولان الاولان اعنى قول مالك والشافعى

﴿ الفصل الثالث ﴾

(وفى هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفا على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعمد الكذب او على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف او من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وانما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا خالف اليمين الحالف وممن قال بهذا القول مالك وابو حنيفة واحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة تجب فيها الكفارة اى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تسقطه فى غير الغموس * وسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك ان قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية توجب ان يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام : من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب ان اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن الشافعى ان يستثنى من الايمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص او يقول

ان الايمان التى يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والحنث فوجب ان لا تكون الكفارة تهدم الامرين جميعاً وليس يمكن فيها أن تهدم الحنث دون الظلم لان رفع الحنث بالكفارة انما هو من باب التوبة وليس تتبعض التوبة فى الذنب الواحد بعينه فان تاب ورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

(المسئلة الثانية) واختلف العلماء فيمن قال انا كافر بالله او مشرك بالله او يهودى او نصرانى ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة ام لا فقال مالك والشافعى ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال ابو حنيفة هى يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول احمد بن حنبل ايضاً * وسبب اختلافهم هو اختلافهم فى هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة ام ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد ام لا فمن رأى ان الايمان المنعقدة اعنى التى هى بصيغ القسم انما هى الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائه قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمته قال فيها الكفارة لان الحلف بالتعظيم كالحلف بترك التعظيم وذلك انه كما يجب التعظيم يجب ان لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

(المسئلة الثالثة) واتفق الجمهور فى الايمان التى ليست اقساما بشىء وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فعلىّ مشى الى بيت الله او ان فعلت كذا وكذا فغلامى حر او امرأتى طالق انها تلزم فى القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلفوا هل فيها كفارة ام لا فذهب مالك الى ان لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه أثم ولا بد وذهب الشافعى واحمد وابو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجنس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال ابو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعى مروى عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هى يمين او نذر فمن قال انها يمين اوجب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التى نص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا لكن لعلهم انما سموها ايمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان فى لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التى تعظم وليست صيغة الشرط هى صيغة اليمين فاما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعى وهل حكمها

حكم الايمان ففيه نظر وذلك انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام قال : كفارة النذر كفارة يمين وقال تعالى (لم تحرم ما احل الله لك) الى قوله (قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) فظاهر هذا انه قد سمى بالشرع القول الذى مخرجه مخرج الشرط او مخرج الالزام دون شرط ولا يمين يميناً فيجب ان تحمل على ذلك جميع الاقاويل التى تجرى هذا المجرى الا ما خصصه الاجماع من ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس بيمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود واهل الظاهر الى انه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل اعنى الخارجة مخرج الشرط الا ما الزمه الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا بايمان فترفعها الكفارة فلم يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلىّ المشى الى بيت الله مشيا ولا كفارة بخلاف ما لو قال علىّ المشى الى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام : من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فسبب هذا الخلاف فى هذه الاقاويل التى تخرج مخرج الشرط هو هل هى ايمان او نذور او ليست ايمانا ولا نذوراً فتأمل هذا فانه بين ان شاء الله تعالى .

(المسئلة الرابعة) اختلفوا فى قول القائل اقسم او اشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم لا على ثلاثة اقوال، فقيل انه ليس بيمين وهو احد قولى الشافعى ، وقيل انها ايمان ضد القول الاول وبه قال ابو حنيفة ، وقيل ان اراد الله بها فهو يمين وان لم يرد الله بها فليست بيمين وهو مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو هل المراعى اعتبار صيغة اللفظ او اعتبار مفهومه بالعادة او اعتبار النية فمن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست بيمين اذ لم يكن هنالك نطق بمقسوم به ومن اعتبر صيغة اللفظ بالعادة قال هى يمين وفى اللفظ محذوف ولا بد وهو الله تعالى ومن لم يعتبر هذين الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحاً للامرين فرق فى ذلك كما تقدم .

(الجملة الثانية) وهذه الجملة تنقسم اولا قسمين . القسم الاول النظر فى الاستثناء . والثانى النظر فى الكفارات (القسم الاول) وفى هذا القسم فصلان ، الفصل الاول فى شروط الاستثناء المؤثر فى اليمين ، الفصل الثانى فى تعريف الايمان التى يؤثر فيها الاستثناء من التى لا يؤثر .

﴿ الفصل الاول ﴾

واجمعوا على ان الاستثناء بالجملة له تأثير فى حل الايمان واختلفوا فى شروط الاستثناء الذى

يجب له هذا الحكم بعد ان اجمعوا على انه اذا اجتمع فى الاستثناء ثلاثة شروط ان يكون متناسقاً مع اليمين وملفوظاً به ومقصوداً من اول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا فى هذه الثلاثة مواضع اعنى اذا فرق الاستثناء من اليمين او نواه ولم ينطق به او حدثت له نية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقاً مع اليمين .

(فأما المسئلة الاولى) وهى اشتراط اتصاله بالقسم فان قوما اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعى لا باس بينهما بالسكتة الخفيفة كسكتة الرجل للتذكر او للتنفس او لانقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء ابداً على ما ذكر عنه متى ما ذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله فى الامر المحلوف على فعله ان كان فعلا او على تركه ان كان تركا رافع لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث وانما اختلفوا هل يؤثر فى اليمين اذا لم توصل بها اولا يؤثر لاختلافهم هل الاستثناء حال للانعقاد ام هو مانع له فاذا قلنا انه مانع للانعقاد لا حال له اشترط ان يكون متصلا باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب او بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد عن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لاغزون قريشاً قالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالا بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغنى عن الكفارة والذى قالوه بين واما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لابد فيه من اشتراط اللفظ اى لفظ كان من الفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء او بتخصيص العموم او بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ فى حرف الا فقط اى بما يدل عليه لفظ الا وليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة * والسبب فى هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ او باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعتق واليمين وغير ذلك .

(واما المسئلة الثانية) وهى هل تنفع النية الحادثة فى الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضاً فى المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان تم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص او من مطلق

بتقييد فالاستثناء من العدد لا ينفع فيه الا حدوث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدوث النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقاً باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد او حال له فان قلنا انه مانع فلابد من اشتراط حدوث النية فى اول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد انكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية فى اول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكفارة سواء .

﴿ الفصل الثانى من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا فى الايمان التى يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التى لا يؤثر فيها فقال مالك واصحابه لا تؤثر المشيئة الا فى الايمان التى تكفر وهى اليمين بالله عندهم او النذر المطلق على ما سيأتى . واما الطلاق والعتاق فلا يخلو ان يعلق الاستثناء فى ذلك بمجرد الطلاق او العتق فقط مثل ان يقول هى طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذه ليست عندهم يميناً واما ان يعلق الطلاق بشرط من الشروط مثل ان يقول ان كان كذا فهى طالق ان شاء الله او ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف فى المذهب ان المشيئة غير مؤثرة فيه

واما القسم الثانى وهو اليمين بالطلاق ففى المذهب فيه قولان اصحهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذى علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال ابو حنيفة والشافعى الاستثناء يؤثر فى ذلك كله سواء قرنه بالقول الذى مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذى مخرجه مخرج الخبر * وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن بلفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق اعنى اذا قال الرجل لزوجته هى طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم لما لم يقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للعقود وجب ان يكون له تأثير فى الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية ان الاستثناء فى هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتقدوا ان الاستثناء هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

﴿ القسم الثانى من الجملة الثانية ﴾

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد، الفصل الاول فى موجب الحنث وشروطه واحكامه، الفصل الثانى فى رافع الحنث وهى الكفارات ، الفصل الثالث متى ترفع وكم ترفع

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفقوا على ان موجب الحنث هو المخالفة لما انعقدت عليه اليمين وذلك اما فعل ما حلف على الا يفعله واما ترك ما حلف على فعله اذا علم انه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله الى وقت ليس يمكنه فيه فعله وذلك فى اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لتأ كلن هذا الرغيف فيأ كله غيره اوالى وقت هو غير الوقت الذى اشترط فى وجود الفعل عنه وذلك فى الفعل المشترط فعله فى زمان محدود مثل ان يقول والله لافعلن اليوم كذا وكذا فانه اذا انقضى النهار ولم يفعل حنث ضرورة واختلفوا من ذلك فى اربعة مواضع ، احدها اذا اتى بالمخالف ناسياً أو مكرهاً ، والثانى هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطلق عليه الاسم أو بجميعه ، والموضع الثالث هل يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعمم لها ، والموضع الرابع هل اليمين على نية الحالف أوالمستحلف

(فأما المسئلة الاولى) فان مالكا يرى الساهى والمكره بمنزلة العامد والشافعى يرى ان لاحنث على الساهى ولا على المكره * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان) ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخصص كل واحد منهما بصاحبه . واما الموضع الثانى فمثل ان يحلف ان لايفعل شيئاً ففعل بعضه أو انه يفعل شيئاً فلم يفعل بعضه فعند مالك انه اذا حلف ليأ كلن هذا الرغيف فأ كل بعضه لايبرأ الا بأ كله كله واذا قال لا آ كل هذا الرغيف انه يحنث ان ا كل بعضه وعند الشافعى وابى حنيفة انه لا يحنث فى الوجهين جميعاً حملا على الاخذ بأ كثر ما يدل عليه الاسم . واما تفريق مالك بين الفعل والترك فلم يجر فى ذلك على اصل واحد لانه اخذ فى الترك بأقل ما يدل عليه الاسم واخذ فى الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب الى الاحتياط.

(واما المسئلة الثالثة) فمثل ان يحلف على شىء بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشىء الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شىء وينوى به معنى أعم أو أخص أو يكون

للشىء الذى حلف عليه اسمان ، احدهما لغوى والآخر عرفى واحدهما اخص من الآخر واما اذا حلف على شىء بعينه فانه لايحنث عند الشافعى وابى حنيفة الا بالمخالفة الواقعة فى ذلك الشىء بعينه الذى وقع عليه الحلف وان كان المفهوم منه معنى اعم اواخص من قبل الدلالة العرفية وكذلك ايضا فيما احسب لايعتبرون النية المخالفة للفظ وانما يعتبرون مجرد الالفاظ فقط . واما مالك فان المشهور من مذهبه ان المعتبر اولا عنده فى الايمان التى لايقضى على حالفها بموجبها هو النية فان عدمت فقرينة الحال فان عدمت فعرف اللفظ فان عدم فدلالة اللغة وقيل لايراعى الا النية اوظاهر اللفظ اللغوى فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى العرف . واما الايمان التى يقضى بها على صاحبها فانه ان جاء الحالف مستفتياً كان حكمه حكم اليمين التى لايقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الاشياء فيها على هذا الترتيب وان كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها الا اللفظ الا ان يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة الحال اوالعرف .

(واما المسئلة الرابعة) فانهم اتفقوا على ان اليمين على نية المستحلف فى الدعاوى واختلفوا فى غير ذلك مثل الايمان على المواعيد فقال قوم على نية الحالف وقال قوم على نية المستحلف وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اليمين على نية المستحلف وقال عليه الصلاة والسلام : يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك خرج هذين الحديثين مسلم ومن قال اليمين على نية الحالف فانما اعتبر المعنى القائم بالنفس من اليمين لا ظاهر اللفظ وفى هذا الباب فروع كثيرة لكن هذه المسائل الاربع هى أصول هذا الباب اذ يكاد أن يكون جميع الاختلاف الواقع فى هذا الباب راجعا الى الاختلاف فى هذه وذلك فى الا كثر مثل اختلافهم فيمن حلف أن لايأ كل رؤسا فأ كل رؤس حيتان هل يحنث ام لا فمن راعى العرف قال لايحنث ومن راعى دلالة اللغة قال يحنث ومثل اختلافهم فيمن حلف ان لايأ كل لحماً فأ كل شحماً فمن اعتبر دلالة اللفظ الحقيقى قال لايحنث ومن رأى ان اسم الشىء قد ينطلق على ما يتولد منه قال يحنث وبالجملة فاختلافهم فى المسائل الفروعية التى فى هذا الباب هى راجعة الى اختلافهم فى هذه المسائل التى ذكرنا و راجعة الى اختلافهم فى دلالات الالفاظ التى يحلف بها وذلك . أن منها ما هى مجملة . ومنها ما هى ظاهرة . ومنها ما هى نصوص .

الفصل الثانى

واتفقوا على ان الكفارة فى الايمان هى الاربعة الانواع التى ذكر الله فى كتابه فى قوله تعالى (فكفارته) الآية وجمهورهم على ان الحالف اذا حنث مخير بين الثلاثة منها اعنى الاطعام او الكسوة اوالعتق وانه لايجوز له الصيام الا اذا عجز عن هذه الثلاثة لقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام) الا ماروى عن ابن عمر انه كان اذا غلظ اليمين اعتق اوكسا واذا لم يغلظها أطعم واختلفوا من ذلك فى سبع مسائل مشهورة . المسئلة الاولى فى مقدار الاطعام لكل واحد من العشرة مساكين الثانية فى جنس الكسوة اذا اختار الكسوة وعددها . الثالثة فى اشتراط التتابع فى صيام الثلاثة الايام اولا اشتراطه . الرابعة فى اشتراط العدد فى المساكين . الخامسة فى اشتراط الاسلام فيهم والحرية . السادسة فى اشتراط السلامة فى الرقبة المعتقة من العيوب . السابعة فى اشتراط الايمان فيها .

(المسئلة الاولى) اما مقدار الاطعام فقال مالك والشافعى واهل المدينة يعطى لكل مسكين مد من حنطة بمد النبى صلى الله عليه وسلم الا ان مالكا قال المدخاص باهل المدينة فقط لضيق معايشهم واما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم وقال ابن القاسم يجزى المدفى كل مدينة مثل قول الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه يعطيهم نصف صاع من حنطة اوصاعا من شعير اوتمر قال فان غداهم وعشاهم اجزأه * والسبب فى اختلافهم فى ذلك اختلافهم فى تأويل قوله تعالى (من اوسط ما تطعمون اهليكم) هل المراد بذلك أكلة واحدة اوقوت اليوم وهو غداء وعشاء فمن قال اكلة واحدة قال انه لوسط فى الشبع ومن قال غداء وعشاء قال نصف صاع ولاختلافهم ايضاً سبب آخر وهو تردد هذه الكفارة بين كفارة الفطر متعمداً فى رمضان وبين كفارة الاذى فمن شبهها بكفارة الفطر قال مدواحد ومن شبهها بكفارة الاذى قال نصف صاع واختلفوا هل يكون مع الخبز فى ذلك ادام ام لا وان كان فما هو الوسط فيه فقيل يجزى الخبز قفاراً وقال ابن حبيب لايجزى وقيل الوسط من الادام الزيت وقيل اللبن والسمن والتمر واختلف اصحاب مالك من الاهل الذين اضاف اليهم الوسط من الطعام فى قوله تعالى (من اوسط ما تطعمون اهليكم) فقيل اهل المكفر وعلى هذا انما يخرج الوسط من الشئ الذى منه يعيش ان قطنية فقطنية وان حنطة فحنطة وقيل بل هم اهل البلد الذى هو فيه وعلى

هذا فالمعتبر فى اللازم له هو الوسط من عيش اهل البلد لا من عيشه اعنى الغالب وعلى هذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام اعنى الوسط من قدر مايطعم اهله او الوسط من قدر مايطعم اهل البلد اهليهم الا فى المدينة خاصة .

(واما المسئلة الثانية) وهى المجزئ من الكسوة فان مالكا رأى ان الواجب فى ذلك هو ان يكسى مايجزى فيه الصلاة فان كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسائو بين درعا وخمارا وقال الشافعى وابو حنيفة يجزى فى ذلك اقل ماينطلق عليه الاسم ازاراً او قميص اوسراويل اوعمامة وقال ابو يوسف لاتجزى العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم اللغوى اوالمعنى الشرعى .

(واما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى اشتراط تتابع الايام الثلاثة فى الصيام فان مالكا والشافعى لم يشترطا فى ذلك وجوب التتابع وان كانا استحباه واشترط ذلك ابو حنيفة * وسبب اختلافهم فى ذلك شيئان ، احدهما هل يجوز العمل بالقراءة التى ليست فى المصحف وذلك ان فى قراءة عبدالله بن مسعود فصيام ثلاثة ايام متتابعات ، والسبب الثانى اختلافهم هل يحمل الامر بمطلق الصوم على التتابع ام ليس يحمل اذ كان الاصل فى الصيام الواجب بالشرع انما هو التتابع .

(واما المسئلة الرابعة) وهى اشتراط العدد فى المساكين فان مالكا والشافعى قالا لايجزيه الا ان يطعم عشرة مساكين وقال ابو حنيفة ان اطعم مسكيناً واحداً عشرة ايام اجزأه * والسبب فى اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور او حق واجب على المكفر فقدر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالوصية فلا بد من اشتراط العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد اجزأ من ذلك اطعام مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

(واما المسئلة الخامسة) وهى اشتراط الاسلام والحرية فى المساكين فان مالكا والشافعى اشترطاهما ولم يشترط ذلك ابو حنيفة * وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالفقر فقط او بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأ انه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فمن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشترط الاسلام فى المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التى تكون عن تطوع أجاز أن يكونوا غير مسلمين * واما سبب اختلافهم فى العبيد فهو هل يتصور فيهم وجود الفقر ام لا اذ كانوا مكفيين من ساداتهم فى غالب

الاحوال اوممن يجب ان يكفوا فمن راعى وجود الفقر فقط قال العبيد والاحرار سواء اذ قد يوجد من العبيد من يجوعه سيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قال العبيد يجب على السيد القيام بهم ويقضى بذلك عليه وان كان معسرا قضى عليه ببيعه فليس يحتاجون الى المعونة بالكفارات وماجرى مجراها من الصدقات .

(واما المسئلة السادسة) وهى هل من شرط الرقبة ان تكون سليمة من العيوب فان فقهاء الامصار شرطوا ذلك اعنى العيوب المؤثرة فى الاثمان وقال اهل الظاهر ليس ذلك من شرطها * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل مايدل عليه الاسم او باتم مايدل عليه .

(واما المسئلة السابعة) وهى اشتراط الايمان فى الرقبة ايضاً فان مالكا والشافعى اشترطا ذلك واجاز ابوحنيفة ان تكون الرقبة غير مؤمنة * وسبب اختلافهم هو هل يحمل المطلق على المقيد فى الاشياء التى تتفق فى الاحكام وتختلف فى الاسباب كحكم حال هذه الكفارات مع كفارة الظهار فمن قال يحمل المطلق على المقيد فى ذلك قال باشتراط الايمان فى ذلك حملا على اشتراط ذلك فى كفارة الظهار فى قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قال لايحمل وجب عنده ان يبقى موجب اللفظ على اطلاقه .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا فى ذلك فقال الشافعى اذا كفر بعد الحنث اوقبله فقد ارتفع الاثم وقال ابوحنيفة لا يرتفع الحنث الا بالتكفير الذى يكون بعد الحنث لاقبله وروى عن مالك فى ذلك القولان جميعاً * وسبب اختلافهم شيئان ، احدهما اختلاف الرواية فى قوله عليه الصلاة والسلام: من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه فان قوماً رووه هكذا وقوم رووه فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير وظاهر هذه الرواية ان الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية انها بعد الحنث * والسبب الثانى اختلافهم فى هل يجزى تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه من الظاهر ان الكفارة انما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولقائل ان يقول ان الكفارة انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال فى كفارة الظهار فلايدخله الخلاف من هذه الجهة وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع او مانعة له فمن قال مانعة اجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يجزها الا بعد وقوعه. واما تعدد الكفارات

بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت ان من حلف على امور شتى بيمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك فيما احسب لاخلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شئ واحد ان الكفارات الواجبة فى ذلك بعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على اشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شئ واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم فى ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم فى كل يمين كفارة الا ان يريد التأكيد وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان يريد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فمن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال فى هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف فى يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تتعدد الكفارات بتعدد الصفات التى تضمنت اليمين أم فى ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة فى هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة * والسبب فى اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة فى اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء التى يشتمل عليها القول الذى مخرجه مخرج يمين فمن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عدد ماتضمنته صيغة القول من الاشياء التى يمكن ان يقسم بكل واحد منها على انفراده قال الكفارة متعددة بتعددها وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته .

﴿ كتاب النذور ﴾

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول فى اصناف النذور ، الفصل الثانى فيما يلزم من النذور ومالا يلزم وجملة احكامها ، الثالث فى معرفة الشئ الذى يلزم عنها واحكامها

﴿ الفصل الاول ﴾

والنذور تنقسم اولا قسمين ، قسم من جهة اللفظ ، وقسم من جهة الاشياء التى تنذر . فامامن جهة اللفظ فانه ضربان . مطلق وهو المخرج مخرج الخبر . ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين . مصرح فيه بالشئ المنذور به . وغير مصرح . فالاول مثل قول القائل

لله على نذران احج . والثانى مثل قوله لله على نذر دون ان يصرح بمخرج النذر والاول ربما صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل ان يقول لله على ان احج . واما المقيد المخرج مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى لله نذر كذا وان افعل كذا وهذا ربما علقه بفعل من افعال الله مثل ان يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه مثل ان يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء ايمانا وقد تقدم من قولنا انها ليست بأيمان فهذه هى اصناف النذر من جهة الصيغ . واما اصنافه من جهة الاشياء التى من جنس المعانى المنذور بها فانها تنقسم الى اربعة اقسام . نذر باشياء من جنس القرب . ونذر باشياء من جنس المعاصى . ونذر باشياء من جنس المكروهات . ونذر باشياء من جنس المباحات وهذه الاربعة تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

الفصل الثانى

واما مايلزم من هذه النذور ومالا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق فى القرب الا ماحكى عن بعض اصحاب الشافعى ان النذر المطلق لايجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق اذا كان على وجه الرضا لاعلى وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء كان النذر مصرحا فيه بالشئ المنذور أو كان غير مصرح وكذلك اجمعوا على لزوم النذر الذى مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذراً بقربة وانما صاروا لوجوب النذر لعموم قوله تعالى (ياايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولان الله تعالى قدمدح به فقال (يوفون بالنذر) واخبر بوقوع العقاب بنقضه فقال (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله) الاية الى قوله (بما كانوا يكذبون) * والسبب فى اختلافهم فى التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم فى هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً ، أو بالنية فقط . فمن قال بهما معاً اذا قال لله على كذا وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شئ لانه اخبار بوجوب شئ لم يوجبه الله عليه الا ان يصرح بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب مالك اعنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهبه ان النذر لايلزم الا بالنية واللفظ لكن رأى ان حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذ كان المقصود بالاقاويل التى مخرجها مخرج النذر النذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب سعيد بن المسيب ويشبه ان يكون من لم ير لزوم النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل

الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القربة انما تكون على جهة الرضا لاعلى جهة اللجاج وهو مذهب الشافعى . واما مالك فالنذر عنده لازم على أى جهة وقع فهذا ما اختلفوا فى لزومه من جهة اللفظ . واما مااختلفوا فى لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فيمن نذر معصية فقال مالك والشافعى وجمهور العلماء ليس يلزمه فى ذلك شئ وقال ابو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لافعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك انه روى فى هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لايلزم النذر بالعصيان ، والحديث الثانى حديث عمران بن حصين وحديث ابى هريرة الثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: لا نذر فى معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص فى معنى اللزوم فمن جمع بينهما فى هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لاتلزم وهذا الثانى تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وابى هريرة قال ليس يلزم فى المعصية شئ ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب فى ذلك كفارة يمين قال ابو عمر بن عبد البر ضعف اهل الحديث حديث عمران وابى هريرة قالوا لان حديث ابى هريرة يدور على سليمان بن ارقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وابوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير ايضاً عنده مناكير ولكنه خرجه مسلم من طريق عقبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية ان يحتجوا لمالك فى هذه المسئلة بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قائما فى الشمس فقال مابال هذا قالوا نذر ان لايتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مروه فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فأمره ان يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله انه نذر مريم وكذلك يشبه ان يكون القيام فى الشمس ليس بمعصية الا مايتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالقياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات ،

(المسئلة الثانية) واختلفوا فيمن حرم على نفسه شيأ من المباحات فقال مالك لايلزم ماعدا الزوجة وقال اهل الظاهر ليس فى ذلك شئ وقال ابو حنيفة فى ذلك كفارة يمين *

وسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى (يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك) وذلك ان النذر ليس هو اعتقاد خلاف الحكم الشرعى اعنى من تحريم محلل او تحليل محرم وذلك ان التصرف فى هذا انما هو للشارع فوجب ان يكون لمكان هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيئا اباحه الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل شئ حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم) اثر العتب على التحريم يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العقد واذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة الاولى تأولت التحريم المذكور فى الآية انه كان العقد بيمين وقد اختلف فى الشئ الذى نزلت فيه هذه الآية وفى كتاب مسلم ان ذلك كان فى شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال : اذا حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة

﴿الفصل الثالث﴾

واما اختلافهم فيماذا يلزم فى نذر نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافا كثيراً لكن نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل فى ذلك وهى التى تتعلق اكثر ذلك بالنطق الشرعى على عادتنا فى هذا الكتاب وفى ذلك مسائل خمس .

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الواجب فى النذر المطلق الذى ليس يعين فيه الناذر شيأ سوى ان يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء فى ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه كفارة الظهار وقال قوم اقل ماينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم اوصلاة ركعتين وانما صار الجمهور لوجوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر انه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم . واما من قال صيام يوم اوصلاة ركعتين فانما ذهب مذهب من يرى ان المجزى اقل ماينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين او صيام يوم اقل ماينطلق عليه اسم النذر . واما من قال فيه كفارة الظهار فخارج عن القياس والسماع .

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشى الى بيت الله اعنى اذا نذر المشى راجلا واختلفوا اذا عجز فى بعض الطريق فقال قوم لا شئ عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيماذا عليه على ثلاثة اقوال فذهب اهل المدينة الى ان عليه ان يمشى مرة أخرى من حيث عجز وان شاء ركب واجزأه وعليه دم وهذا مروى عن على وقال اهل مكة عليه هدى دون اعادة مشى وقال مالك عليه الامران جميعاً يعنى انه يرجع فيمشى من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده

بدنة أو بقرة أو شاة ان لم يجد بقرة أو بدنة * وسبب اختلافهم منازعة الاصول لهذه المسئلة ومخالفة الاثر لها وذلك ان من شبه العاجز اذا مشى مرة ثانية بالمتمتع والقارن من اجل ان القارن فعل ما كان عليه فى سفرين فى سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه فى سفر واحد فى سفرين قال يجب عليه هدى القارن أو المتمتع ومن شبهه بسائر الافعال التى تنوب عنها فى الحج اراقة الدم قال فيه دم ومن اخذ بالآثار الواردة فى هذا الباب قال اذا عجز فلا شئ عليه قال ابو عمر والسنن الواردة الثابتة فى هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدها حديث عقبة ابن عامر الجهنى قال نذرت اختى ان تمشى الى بيت الله عز وجل فامرتنى ان استفتى لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبى صلى الله عليه وسلم فقال لتمش ولتركب خرجه مسلم وحديث انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين ابنتيه فسألهم عنه فقالوا نذر ان يمشى فقال عليه الصلاة والسلام : ان الله لغنى عن تعذيب هذا نفسه وامره ان يركب وهذا ايضاً ثابت .

(المسئلة الثالثة) اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشى فى حج أو عمرة فيمن نذر ان يمشى الى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم او الى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعى يلزمه المشى وقال ابو حنيفة لا يلزمه شئ وحيث صلى اجزأه وكذلك عنده ان نذر الصلاة فى المسجد الحرام وانما وجب عنده المشى بالنذر الى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال ابو يوسف صاحبه من نذر ان يصلى فى بيت المقدس او فى مسجد النبى عليه الصلاة والسلام لزمه وان صلى فى البيت الحرام اجزأه عن ذلك واكثر الناس على ان النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تسرج المطى الا لثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس الى ان النذر الى المساجد التى يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج فى ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التى نذرت ان تمشى الى مسجد قباء فماتت ان يمشى عنها * وسبب اختلافهم فى النذر الى ماعدا المسجد الحرام اختلافهم فى المعنى الذى اليه تسرج المطى الى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فمن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لا ينذر اذ كان واجبا بالشرع قال النذر بالمشى الى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده ان النذر قد يكون فى الواجب او انه ايضا قد يقصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام : صلاة فى مسجدى هذا افضل من الف

صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل الفرض والنفل قال هو واجب لكن ابو حنيفة حمل هذا الحديث على الفرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام صلاة احدكم فى بيته افضل من صلاته فى مسجدى هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين هذين الحديثين وهذه المسئلة هى ان تكون من الباب الثانى احق ان تكون من هذا الباب.

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الواجب على من نذر ان ينحر ابنه فى مقام ابراهيم فقال مالك ينحر جزوراً فداء له وقال ابو حنيفة ينحر شاة وهو ايضاً مروى عن ابن عباس وقال بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدى ديته وروى ذلك عن على وقال بعضهم بل يحج به وبه قال الليث وقال ابو يوسف والشافعى لا شئ عليه لانه نذر معصية ولا نذر فى معصية * وسبب اختلافهم قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ما تقرب به ابراهيم هو لازم للمسلمين أم ليس بلازم فمن رأى ان ذلك شرع خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر ومن رأى انه لازم لنا قال النذر لازم والخلاف فى هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق الى هذا خلاف آخر وهو ان الظاهر من هذا الفعل انه كان خاصاً بابراهيم ولم يكن شرعا لاهل زمانه وعلى هذا فليس ينبغى ان يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا انه شرع انما اختلفوا فى الواجب فى ذلك من قبل اختلافهم ايضاً فى هل يحمل الواجب فى ذلك على الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته واما حج به واما هدى بدنة واما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبد المطلب.

(المسئلة الخامسة) واتفقوا على ان من نذر ان يجعل ماله كله فى سبيل الله أو فى سبيل من سبل البر انه يلزمه وانه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذرا على جهة الخبر لا على جهة الشرط وهو الذى يسمونه يميناً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل ان يقول مالى للمساكين ان فعلت كذا ففعله فقال قوم ذلك لازم كالنذر على جهة الخبر ولا كفارة فيه وهو مذهب مالك فى النذور التى صيغها هذه الصيغة اعنى انه لا كفارة فيه وقال قوم الواجب فى ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعى فى النذور التى مخرجها مخرج الشرط لانه الحقها بحكم الايمان واما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا فى كتاب الايمان والذين اعتقدوا وجوب اخراج ماله فى الموضع الذى اعتقدوه اختلفوا فى الواجب عليه فقال مالك يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعى وزفر وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التى تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان اخرج مثل زكاة ماله

أجزاه وفى المسألة قول خامس وهو ان كان المال كثيرا اخرج خمسه وان كان وسطاً اخرج سبعه وان كان يسيرا اخرج عشره وحد هؤلاء الكثير بالفين والوسط بالف والقليل بخمسمائة وذلك مروى عن قتادة * والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة اعنى من قال المال كله او ثلثه معارضة اصل فى هذا الباب للاثر وذلك ان ما جاء فى حديث ابى لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه واراد ان يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يجزيك من ذلك الثلث هو نص فى مذهب مالك. واما الاصل فيوجب ان اللازم له انما هو جميع ماله حملا على سائر النذر اعنى انه يجب الوفاء به على الوجه الذى قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناها النص الا أن مالكا لم يلزم فى هذه المسئلة اصله وذلك أنه قال ان حلف اونذر شيئا معيناً لزمه وان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزاً من ماله وهو اكثر من الثلث وهذا مخالف لنص ما رواه فى حديث ابى لبابة وفى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى جاء بمثل بيضة من ذهب فقال اصبت هذا من معدن فخذها فهى صدقة ما املك غيرها فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فحذفه بها فلو اصابه لأوجعه وقال عليه الصلاة والسلام : يأتى احدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يقعد يتكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص فى انه لا يلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار. واما سائر الاقاويل التى قيلت فى هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حد فى ذلك غير الثلث وهذا القدر كاف فى أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب.

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب فى اصوله اربعة ابواب. الباب الاول فى حكم الضحايا ومن المخاطب بها، الباب الثانى فى انواع الضحايا وصفاتها واسنانها وعددها، الباب الثالث فى احكام الذبح، الباب الرابع فى احكام لحوم الضحايا.

﴿ الباب الاول ﴾

اختلف العلماء فى الاضحية هل هى واجبة ام هى سنة فذهب مالك والشافعى الى انها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج فى تركها بمنى ولم يفرق الشافعى فى ذلك بين الحاج وغيره

وقال ابوحنيفة الضحية واجبة على المقيمين فى الامصار الموسرين ولاتجب على المسافرين وخالفه صاحباه ابويوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول ابى حنيفة * وسبب اختلافهم شيئان ، احدهما هل فعله عليه الصلاة والسلام فى ذلك محمول على الوجوب اوعلى الندب وذلك انه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط فيماروى عنه حتى فى السفر على ماجاء فى حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم اضحيته ثم قال ابوثوبان اصلح لحم هذه الضحية قال فلم ازل اطعمه منها حتى قدم المدينة . والسبب الثانى اختلافهم فى مفهوم الاحاديث الواردة فى احكام الضحايا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ام سلمة انه قال اذا دخل العشر فاراد احدكم ان يضحى فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من اظفاره قالوا فقوله اذا اراد احدكم أن يضحى فيه دليل على ان الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لابى بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس ان لاوجوب قال عكرمة بعثنى ابن عباس بدرهمين اشترى بهما له لحماً وقال من لقيت فقل له هذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال انه ضحى بديك وكل حديث ليس بوارد فى الغرض الذى يحتج به فيه فالاحتجاج به ضعيف واختلفوا هل يلزم الذى يريد التضحية ان لا يأخذ فى العشر الاول من شعره واظفاره والحديث بذلك ثابت

﴿ الباب الثانى ﴾

وفى هذا الباب اربع مسائل مشهورة ، احداها فى تمييز الجنس والثانية فى تمييز الصفات ، والثالثة فى معرفة السن ، والرابعة فى العدد

(المسئلة الاولى) اجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام واختلفوا فى الافضل من ذلك فذهب مالك الى ان الافضل فى الضحايا الكباش ثم البقر ثم الابل بعكس الامر عنده فى الهدايا وقد قيل عنه الابل ثم البقر ثم الكباش وذهب الشافعى الى عكس ماذهب اليه مالك فى الضحايا الابل ثم البقر ثم الكباش وبه قال اشهب وابن شعبان * وسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك انه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام انه ضحى الا بكبش فكان ذلك دليلا على ان الكباش فى الضحايا افضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفى البخارى عن ابن عمر مايدل على خلاف ذلك وهو انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يذبح وينحر بالمصلى . واما القياس فلان الضحايا قربة بحيوان فوجب ان يكون الافضل فيها

الافضل فى الهدايا وقد احتج الشافعى لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: من راح فى الساعة الاولى فكانما قرب بدنة ومن راح فى الساعة الثانية فكانما قرب بقرة ومن راح فى الساعة الثالثة فكانما قرب كبشاً الحديث فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحيوان. واما مالك فحمله على الهدايا فقط لئلا يعارض الفعل القول وهو الاولى وقد يمكن ان يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هل الذبح العظيم الذى فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله (وتركنا عليه فى الآخرين) فمن ذهب الى هذا قال الكباش افضل ومن رأى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش افضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامرين جميعا واذا كان ذلك كذلك فالواجب المصير الى قول الشافعى وكلهم مجمعون على انه لاتجوز الضحيه بغير بهيمة الانعام الا ما حكى عن الحسن بن صالح انه قد تجوز التضحية ببقرة الوحش عن سبعة والظبى عن واحد .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها فى الضحايا والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لاتنقى (١) مصير الحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأشار بيده وقال اربع وكان البراء يشير بيده ويقول يدى اقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لاتنقى وكذلك اجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفاً فلا تأثير له فى منع الاجزاء واختلفوا فى موضعين ، احدهما فيما كان من العيوب اشد من هذه المنصوص عليها مثل العمى وكسر الساق، والثانى فيما كان مساوياً لها فى افادة النقص وشبهها اعنى ما كان من العيوب فى الاذن والعين و الذنب والضرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيرا . فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان اشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهى احرى ان تمنع الاجزاء و ذهب اهل الظاهر الى انه لاتمنع الاجزاء ولايتجنب بالجملة اكثر من هذه العيوب التى وقع النص عليها * وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص اريد به الخصوص اوخاص اريد به العموم فمن قال اريد به الخصوص ولذلك اخبر بالعدد قال لايمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص اريد به العموم وذلك من النوع الذى يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ماهو اشد من المنصوص عليها فهو احرى ان لايجزى، واما الموضع الثانى اعنى ما كان من العيوب فى سائر الاعضاء مفيدا للنقص على

(١) العجفاء التى لاتنقى أى التى لامخ فى عظامها

نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال احدها انها يمنع الاجزاء كمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك فى الكتب المشهورة والقول الثانى انها لاتمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب وجماعة من البغداديين من اصحاب مالك ، والقول الثالث انها لاتمنع الاجزاء ولايستحب تجنبها وهو قول اهل الظاهر * وسبب اختلافهم شيئان، احدهما اختلافهم فى مفهوم الحديث المتقدم ، والثانى تعارض الآثار فى هذا الباب. اما الحديث المتقدم فمن رآه من باب الخاص أريد به الخاص قال لايمنع ماسوى الاربع مما هو مساولها أو اكثر منها . وامامن رآه من باب الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فمن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لامن باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان اشد منها ولا يلحق بها ما كان مساويا لها فى منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على الامرين جميعاً اعنى على ماهو اشد من المنطوق به اومساوله قال تمنع العيوب الشبيهة بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعه العيوب التى هى اكبر منها فهذا هو احداسباب الخلاف فى هذه المسئلة وهومن قبل تردد اللفظ بين ان يفهم منه المعنى الخاص او المعنى العام ثم ان من فهم منه العام فاى عام هو هل الذى هو اكثر من ذلك اوالذى هو اكثر والمساوى معاً على المشهور من مذهب مالك . واما السبب الثانى فانه ورد فى هذا الباب من الاحاديث الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائى عن ابى بردة انه قال يارسول الله اكره النقص يكون فى القرن والاذن فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما كرهته فدعه ولاتحرمه على غيرك وذكر على بن ابى طالب قال امرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن ولايضحى بشرقاء ولاخرقاء ولامدابرة ولا بتراء والشرقاء المشقوقة الاذن والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابرة التى قطع من جنبتى اذنها من خلف فمن رجح حديث ابى بردة قال لايتقى الاالعيوب الاربع اوما هو اشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث ابى بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم المنصوص عليها ماهو مساولها ولذلك جرى اصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر فى ذهاب الاسنان واطباء الثدى واما القرن فان مالكا قال ليس ذهاب جزء منه عيباً الايكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف

فى ان المرض البين يمنع الاجزاء وخرج ابوداود ان النبى عليه الصلاة والسلام: نهى عن اعصب الاذن والقرن واختلفوا فى الصكاء وهى التى خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعى الى انها لاتجوز وذهب ابوحنيفة الى انه اذا كان خلقة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله او اكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ماقدمنا واختلفوا فى الابتر فقوم اجازوه لحديث جابر الجعفى عن محمد بن قرظة عن ابى سعيد الخدرى انه قال اشتريت كبشا لاضحى به فاكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند اكثر المحدثين لا يحتج به وقوم ايضاً منعوه لحديث على المتقدم .

(واما المسئلة الثالثة) وهى معرفة السن المشترطة فى الضحايا فانهم اجمعوا على انه لايجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لابى بردة لما امره بالاعادة : يجزيك ولايجزى جذع عن احد غيرك واختلفوا فى الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ماجاء فى حديث ابى بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا تجزى جذعة عن احد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب ابى محمد بن حزم فى هذه المسئلة لانه زعم ان ابا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجرى العنعنة من قوله مجرى المسند لتسامحه فى ذلك وحديث ابى بردة لامطعن فيه . واما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ماهو المشهور عند جمهور الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث ابوبكر بن صفور. [١] وخطأ ابا محمد بن حزم فيما نسب الى ابى الزبير فى غالب ظنى فى قول له رد فيه على ابن حزم .

(واما المسئلة الرابعة) وهى عدد مايجزى من الضحايا عن المضحين فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك يجوز ان يذبح الرجل الكبش او البقرة او البدنة مضحياً عن نفسه وعن اهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا واجاز الشافعى وابوحنيفة وجماعة ان ينحر الرجل البدنة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً أو مهديا واجمعوا على ان الكبش لايجزى الاعن واحد الاماروواه مالك من انه يجزى ان يذبحه الرجل عن نفسه وعن اهل بيته لاعلى

[١] هكذا بالاصل وليحرر

جهة الشركة بل اذا اشتراه منفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت : كنا بمنى فدخل علينا بلحم بقر فقلنا ماهو فقالوا ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ازواجه وخالفه فى ذلك ابو حنيفة والثورى على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء * وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للقياس المبنى على الاثر الوارد فى الهدايا وذلك ان الاصل هو ان لايجزى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك فى الضأن وانما قلنا ان الاصل هو ان لايجزى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لايتبعض اذ كان من كان له شرك فى ضحية ليس ينطلق عليه اسم مضح الا ان قام الدليل الشرعى على ذلك . واما الاثر الذى انبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيما روى عن جابر انه قال . نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنة عن سبع وفى بعض روايات الحديث : سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة فقاس الشافعى وابو حنيفة الضحايا فى ذلك على الهدايا . واما مالك فرجح الاصل على القياس المبنى على هذا الاثر لانه اعتل لحديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد ليس هو عنده واجباً وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك فى الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لايجوز الاشتراك لا فى هدى تطوع ولا فى هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل فى ذلك واجمعوا على انه لا يجوز ان يشترك فى النسك اكثر من سبعة وان كان قد روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنة عن عشرة وقال الطحاوى واجماعهم على انه لايجوز ان يشترك فى النسك اكثر من سبعة دليل على ان الآثار فى ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل اهل بيته فى اضحيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال مانحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل بيته الا بدنة واحدة أو بقرة واحدة وانما خولف مالك فى الضحايا فى هذا المعنى اعنى فى التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه فى الاجانب فوجب ان يكون الاقارب فى ذلك فى قياس الاجانب وانما فرق مالك فى ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا فى الحديث الذى احتج به اعنى حديث ابن شهاب فاختلافهم فى هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الاقيسة فى هذا الباب اعنى اما الحاق الاقارب بالاجانب واما قياس الضحايا على الهدايا

﴿ الباب الثالث ﴾

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر فى الوقت والذبح . اما الوقت فانهم اختلفوا فيه فى ثلاثة مواضع فى ابتدائه وفى انتهائه وفى الليالى المتخللة له . فاما فى ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لايجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فانما هى شاة لحم وامره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : اول مانبدأ به فى يومنا هذا هو ان نصلى ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التى فى هذا المعنى واختلفوا فيمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لايجوز لاحد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال ابو حنيفة والثورى يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه جاء فى بعضها ان النبى عليه الصلاة والسلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفى بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذى فيه هذا المعنى مسلم فمن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام فى جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال انما يعتبر فى اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية فى حديث ابى بردة بن نيار وذلك ان فى بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفى بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوى انه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد اولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر فى عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء فى الآثار الثابتة فى ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يجزى لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر : من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب فى فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح اقرب الائمة اليهم وقال الشافعى يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال ابو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر اجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف اصحاب مالك فى فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام فى المصلى فقال قوم

يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . واما آخر زمان الذبح فان مالكا قال آخره اليوم الثالث من ايام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو فى الايام المعلومات يوم النحر ويومان بعده وبه قال ابو حنيفة واحمد وجماعة وقال الشافعى والاوزاعى الاضحى اربعة ايام يوم النحر وثلاثة ايام بعده وروى عن جماعة انهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلافهم شيئان ، احدهما اختلافهم فى الايام المعلومات ما هى فى قوله تعالى (ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله فى ايام معلومات على مارزقهم من بهيمة الانعام) فقيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول من ذى الحجة * والسبب الثانى معارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جبير بن مطعم وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : كل فجاج مكة منحر وكل ايام التشريق ذبح فمن قال فى الايام المعلومات انها يوم النحر ويومان بعده فى هذه الآية ورجح دليل الخطاب فيها على الحديث المذكور قال لا نحر الا فى هذه الايام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية وقال لا معارضة بينهما اذ الحديث اقتضى حكما زائدا على ما فى الآية مع ان الآية ليس المقصود منها تحديد ايام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح فى اليوم الرابع اذ كان باتفاق من ايام التشريق ولا خلاف بينهم ان الايام المعدودات هى ايام التشريق وانها ثلاثة بعد يوم النحر الا ما روى عن سعيد بن جبير انه قال : يوم النحر من ايام التشريق وانما اختلفوا فى الايام المعلومات على القولين المتقدمين . واما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هى العشر الاول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا فى اليوم العاشر وهى محل الذبح المنصوص عليها فواجب ان يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط

(واما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى الليالى التى تتخلل ايام النحر فذهب مالك فى المشهور عنه الى انه لا يجوز الذبح فى ليالى ايام التشريق ولا النحر وذهب الشافعى وجماعة الى جواز ذلك * وسبب اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب على النهار والليلة مثل قوله تعالى (فتمتعوا فى داركم ثلاثة ايام) ومرة يطلقه على الايام دون الليالى مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية ايام حسوما) فمن جعل اسم اليوم يتناول الليل مع النهار فى قوله تعالى (ليذكروا اسم الله فى ايام معلومات) قال يجوز الذبح الليل والنهار فى هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل فى هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا

النحر بالليل والنظر هل اسم اليوم اظهر فى احدهما من الثانى ويشبه ان يقال انه اظهر فى النهار منه فى الليل لكن ان سلمنا ان دلالته فى الآية هى على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل الا بنحو ضعيف من ايجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من انواع دليل الخطاب هو من اضعفها حتى انهم قالوا ما قال به احد من المتكلمين الا الدقاق فقط الا ان يقول قائل ان الاصل هو الحظر فى الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . واما الذبح فان العلماء استحبوا ان يكون المضحى هو الذى يلى ذبح اضحيته بيده واتفقوا على انه يجوز ان يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية ان ذبحها غيره بغير اذنه فقيل لا تجوز وقيل بالفرق بين ان يكون صديقا او ولداً او اجنبياً اعنى انه يجوز ان كان صديقا او ولداً ولم يختلف المذهب فيما احسب انه ان كان اجنبيا انها لا تجوز .

﴿ الباب الرابع فى احكام لحوم الضحايا ﴾

واتفقوا على ان المضحى مأمور ان يأكل من لحم اضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها واطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى (و اطعموا القانع والمعتر) ولقوله صلى الله عليه وسلم فى الضحايا : كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معاً ام هو مخير بين ان يفعل احد الامرين فقال مالك ليس له ان يفعل احد الامرين اعنى ان يأكل الكل او يتصدق بالكل وقال ابن المواز له ان يفعل احد الامرين واستحب كثير من العلماء ان يقسمها ثلاثا ثلثاً للادخار وثلثاً للصدقة وثلثا للاكل لقوله عليه الصلاة والسلام : فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب فى الاكل انه ليس بواجب فى المذهب خلافا لقوم اوجبوا ذلك واظن اهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا الى الاقسام الثلاثة التى يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيما علمت انه لا يجوز بيع لحمها واختلفوا فى جلدها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال ابو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير اى بالعروض وقال عطاء يجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق ابو حنيفة بين الدراهم وغيرها لانه رأى ان المعاوضة بالعروض هى من باب الانتفاع لاجماعهم على انه يجوز ان ينتفع به وهذا القدر كاف فى قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

﴿ كتاب الذبائح ﴾

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر فى خمسة ابواب، الباب الاول فى معرفة محل الذبح والنحر وهو المذبوح او المنحور، الباب الثانى فى معرفة الذبح والنحر، الباب الثالث فى معرفة الآلة التى بها يكون الذبح والنحر ، الباب الرابع فى معرفة شروط الذكاة ، الباب الخامس فى معرفة الذابح والناحر ، والاصول هى الاربعة والشروط يمكن ان تدخل فى الاربعة الابواب ، و الا سهل فى التعليم ان يجعل بابا على حدته .

﴿ الباب الاول ﴾

والحيوان فى اشتراط الذكاة فى اكله على قسمين ، حيوان لا يحل الا بذكاة، وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذى يعمل فيه الذبح هو الحيوان البرى ذو الدم الذى ليس بمحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقذ او نطح او ترد او افتراس سبع او مرض وان الحيوان البحرى ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا فى الحيوان الذى ليس بدمى مما يجوز اكله مثل الجراد وغيره هل له ذكاة ام لا و فى الحيوان الدمى الذى يكون تارة فى البحر و تارة فى البر مثل السلحفات وغيره و اختلفوا فى تأثير الذكاة فى الاصناف التى نص عليها فى آية التحريم و فى تأثير الذكاة فيما لا يحل اكله اعنى فى تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها ففى هذا الباب اذا ست مسائل اصول . المسئلة الاولى فى تأثير الذكاة فى الاصناف الخمسة التى نص عليها فى الاية اذا ادركت حية ، المسئلة الثانية فى تأثير الذكاة فى الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة فى تأثير الذكاة فى المريضة ، المسئلة الرابعة فى هل ذكاة الجنين ذكاة امه ام لا ، المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا، المسئلة السادسة هل للحيوان الذى يأوى فى البر تارة وفى البحر تارة ذكاة ام لا .

(المسئلة الاولى) اما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع فانهم اتفقوا فيما اعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها او الوقذ منها الى حالة لا يرجى فيها ان الذكاة عاملة فيها اعنى انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لا يصاب لها مقتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصابة مقتل او غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب ابى حنيفة

والمشهور من قول الشافعى وهو قول الزهرى وابن عباس وقال قوم لا تعمل الزكاة فيها وعن مالك فى ذلك الوجهان ولكن الاشهر انها لا تعمل فى الميؤس منها وبعضهم تأول فى المذهب ان الميؤس منها على ضربين، ميؤسة مشكوك فيها، وميؤسة مقطوع بموتها وهى المنفوذة المقاتل على اختلاف بينهم ايضاً فى المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها ففى المذهب فيها روايتان مشهورتان واما المنفوذة المقاتل فلا خلاف فى المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف *وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (ألا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع على عادة الاستثناء المتصل ام هو استثناء منفصل لا تأثير له فى الجملة المتقدمة اذ كان هذا ايضاً شأن الاستثناء المنقطع فى كلام العرب فمن قال انه متصل قال الذكاة تعمل فى هذه الاصناف الخمسة. واما من قال الاستثناء منفصل فانه قال لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل فى المرجو منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج ايضاً من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهى حية وانما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فالاستثناء منقطع وذلك ان معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) انما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقوذة والمتردية والنطيحة وسائرها اى لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التى تموت من تلقاء نفسها وهى التى تسمى ميتة اكثر ذلك فى كلام العرب او بالحقيقة قالوا فلما علم ان المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهى حية وانما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان محرم فى حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها وبدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة وجب ان يكون قوله الا ما ذكيتم استثناء منفصلا لكن الحق فى ذلك ان كيف ما كان الامر فى الاستثناء فواجب ان تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف فى الآية بعد الموت وجب ان تدخل فى التذكية من جهة ماهى حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها مادامت حية مساوية لغيرها فى ذلك من الحيوان اعنى انها تقبل الحلية من قبل التذكية التى الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل ان يقال ان عموم التحريم يمكن ان يفهم منه تناول اعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال فى الخنزير الذى لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا لتحريم اعيانها بالتنصيص على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك

كذلك لم يلزم ما اعترض به ذلك المعترض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلا. واما من فرق بين المنفوذة المقاتل والمشكوك فيها فيحتمل ان يقال ان مذهبه ان الاستثناء منفصل وانه انما جاز تأثير الذكاة فى المرجوة بالاجماع وقاس المشكوكة على المرجوة ويحتمل ان يقال ان الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا الصنف من الموقوذة بالقياس وذلك ان الذكاة انما يجب ان تعمل فى حين يقطع انها سبب الموت فاما اذا شك هل كان موجب الموت الذكاة أو الوقذ أو النطح أو سائرها فلا يجب ان تعمل فى ذلك وهذه هى حال المنفوذة المقاتل وله ان يقول ان المنفوذة المقاتل فى حكم الميتة والذكاة من شرطها ان ترفع الحياة الثابتة لا الحياة الذاهبة.

(المسئلة الثانية) واما هل تعمل الذكاة فى الحيوانات المحرمات الاكل حتى تطهر بذلك جلودها فانهم ايضاً اختلفوا فى ذلك فقال مالك الذكاة تعمل فى السباع وغيرها ماعدا الخنزير وبه قال ابو حنيفة الا انه اختلف المذهب فى كون السباع فيه محرمة اومكروهة على ماسيأتى فى كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعى الذكاة تعمل فى كل حيوان محرم الاكل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ماعدا اللحم * وسبب الخلاف هل جميع أجزاء الحيوان تابعة للحم فى الحلية والحرمة ام ليست بتابعة للحم فمن قال انها تابعة للحم قال اذا لم تعمل الذكاة فى اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى انها ليست بتابعة قال وان لم تعمل فى اللحم فانها تعمل فى سائر أجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل فى جميع الاجزاء فاذا ارتفع بالدليل المحرم للحم عملها فى اللحم بقى عملها فى سائر الاجزاء الا ان يدل الدليل على ارتفاعه.

(المسئلة الثالثة) واختلفوا فى تأثير الذكاة فى البهيمة التى اشرفت على الموت من شدة المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة فى التى لم تشرف على الموت فالجمهور على ان الذكاة تعمل فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه ان الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة القياس للاثر فاما الاثر فهو ما روى ان امة لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فاصيبت شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها اخرجه البخارى ومسلم. واما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها انما تفعل فى الحى وهذه فى حكم الميت وكل من اجاز ذبحها فانهم اتفقوا على انه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر فى ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول مذهب ابى هريرة والثانى مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف

العين وتحريك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن اسلم وهو الذى اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب.

(المسئلة الرابعة) واختلفوا هل تعمل ذكاة الام فى جنينها ام ليس تعمل فيه وانما هو ميتة اعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى ان ذكاة الام ذكاة لجنينها وبه قال مالك والشافعى وقال ابو حنيفة ان خرج حياً ذبح واكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط فى ذلك تمام خلقته ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم فى صحة الاثر المروى فى ذلك من حديث ابى سعيد الخدرى مع مخالفته للاصول وحديث ابى سعيد هو قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة او الناقة او الشاة ينحرها احدنا فنجد فى بطنها جنينا أنأكله أم نلقيه فقال: كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة امه وخرج مثله الترمذى وابو داود عن جابر واختلفوا فى تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم واحد من صححه الترمذى واما مخالفة الاصل فى هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت امه فانما يموت خنقا فهو من المنخنقة التى ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب ابو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث واما اختلاف القائلين بحليته فى اشتراطهم نبات الشعر فيه اولا اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك ان عموم قوله عليه السلام: ذكاة الجنين ذكاة امه يقتضى ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلا للذكاة يقتضى ان يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التى تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبت شعره وتم خلقه ويعضد هذا القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمرو عن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهرى عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا اشعر الجنين فذكاته ذكاة امه وروى ابن المبارك عن ابن ابى ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر الا أن ابن أبى ليلى سيئ الحفظ عندهم والقياس يقتضى ان تكون ذكاته فى ذكاة امه من قبل انه جزء منها و اذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف ان يخصص العموم الوارد فى ذلك بالقياس الذى تقدم ذكره عن اصحاب مالك.

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى الجراد فقال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل اما بقطع رأسه او بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز اكل ميتته وبه قال مطرف

و ذكاة ماليس بذى دم عندمالك كذكاة الجراد * وسبب اختلافهم فى ميتة الجراد هو هل يتناوله اسم الميتة ام لا فى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو نثرة حوت اوحيوان برى

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الذى يتصرف فى البر والبحر هل يحتاج الى ذكاة ام لا فغلب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا .

« الباب الثانى فى الذكاة »

وفى قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى فى انواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية فى صفة الذكاة .

(المسئلة الاولى) واتفقوا على ان الذكاة فى بهيمة الانعام نحر وذبح وان من سنة الغنم والطير الذبح و ان من سنة الابل النحر وان البقر يجوز فيها الذبح والنحر اختلفوا هل يجوز النحر فى الغنم والطير والذبح فى الابل فذهب مالك الى انه لايجوز النحر فى الغنم والطير ولا الذبح فى الا بل وذلك غير موضع الضرورة وقال قوم يجوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى وجماعة العلماء وقال اشهب ان نحر ما يذبح اوذبح ماينحر اكل ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم و الابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا فى جواز ذلك فى موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة الفعل للعموم . فاما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام : ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا وأما الفعل فانه ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نحر الا بل و البقر وذبح الغنم و انما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) و على ذبح الغنم لقوله تعالى فى الكبش (وفديناه بذبح عظيم) .

(المسئلة الثانية) واما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على ان الذبح الذى يقطع فيه الودجان والمرئ والحلقوم مبيح للاكل واختلفوا من ذلك فى مواضع ، احدها هل الواجب قطع الاربعة كلها او بعضها وهل الواجب فى المقطوع منها قطع الكل او الاكثر وهل من شرط القطع ان لاتقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من

جهة العنق جازا كلها أم لا وهل ان تمادى فى قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى تتم الذكاة أم لا فهذه ست مسائل فى عدد المقطوع وفى مقداره وفى موضعه وفى نهاية القطع وفى جهته اعنى من قدام أو خلف وفى صفته

(اما المسئلة الاولى) فان المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وانه لايجزى اقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب فى ان الشرط فى قطع الودجين هو استيفاؤهما واختلف فى قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقيل كله وقيل اكثره . واما ابو حنيفة فقال الواجب فى التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة اما الحلقوم والودجان واما المرئ والحلقوم واحد الودجين أو المرئ والودجان وقال الشافعى الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع اكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه لم يأت فى ذلك شرط منقول وانما جاء فى ذلك اثران ، احدهما يقتضى انهار الدم فقط ، والآخر يقتضى قطع الاوداج مع انهار الدم ففى حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابى امامة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ما فرى الاوداج فكلوا ما لم يكن رض ناب أو نحر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الاوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفى الثانى قطع جميع الاوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين اما احدهما أو البعض من كليهما اومن واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لام التعريف فى قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج البعض لا الكل اذ كانت لام التعريف فى كلام العرب قد تدل على البعض. واما من اشترط قطع الحلقوم أو المرئ فليس له حجة من السماع واكثر من ذلك من اشترط المرئ والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطاً فى التحليل ولم يكن فى ذلك نص فيما يجزى وجب ان يكون الواجب فى ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً فى الصحة .

(واما المسئلة الثالثة) فى موضع القطع وهى ان لم يقطع الجوزة فى نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه فى المذهب فقال مالك وابن القاسم لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط فى الذكاة أو ليس بشرط

فمن قال انه شرط قال لابد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الحلقوم سليما ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز .

(واما المسئلة الرابعة) وهى ان قطع اعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لايختلف انه لايجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم واجاز ذلك الشافعى وابوحنيفة واسحق وابوثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلى وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة فى المنفوذة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان القاطع لاعضاء الذكاة من القفا لايصل اليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فترد الذكاة على حيوان قد اصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسئلة .

(واما المسئلة الخامسة) وهى ان يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى فى القطع ولم ينو قطع النخاع من اول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لاتؤكل ان قطعها متعمداً دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهياً اوجاهلا

(واما المسئلة السادسة) وهى هل من شرط الذكاة ان تكون فى فور واحد فان المذهب لايختلف ان ذلك من شرط الذكاة وانه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم اعادها ,وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا اعاديده بفور ذلك وبالقرب فقال ابن حبيب ان اعاديده بالفور اكلت وقال سحنون لاتؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فاعادها على الفور ان تبين له انها لم تتم اكلت وهو احد ماتؤول على سحنون وقد تؤول قوله على الكراهة قال ابوالحسن اللخمى ولو قيل عكس هذا لكان اجود اعنى انه اذا رفع يده وهو يظن انه قد اتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لان الاول وقع عن شك وهذا عن اعتقاد ظنه يقيناً وهذا مبنى على ان من شرط الذكاة قطع كل اعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوذة المقاتل غير مذكاة فلا تؤثر فيها العودة لانها بمنزلة ذكاة طرأت على المنفوذة المقاتل .

﴿ الباب الثالث فيما تكون به الذكاة ﴾

اجمع العلماء على ان كل ماانهر الدم وفرى الاوداج من حديد اوصخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا فى ثلاثة فى السن والظفر والعظم فمن الناس من اجاز التذكية بالعظم

ومنعها بالسن والظفر والذين منعوها بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منزوعين اولايكونا منزوعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا منزوعين ولم يجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكروهة غير ممنوعة ولاخلاف فى المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف فى السن والظفر فيه على الاقاويل الثلاثة اعنى بالمنع مطلقا والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لابالمنع * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم النهى الوارد فى قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث رافع بن خديج وفيه قال يارسول الله انالاقوا العدوغداً وليس معنامدى فنذبح بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام : ماانهر الدم وذكر اسم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه. اماالسن فعظم . واماالظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس فى طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معلل والذين فهموا منه انه شرع غير معلل منهم من اعتقد أن النهى فى ذلك يدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد انه لايدل على فساد المنهى عنه ومنهم من اعتقد أن النهى فى ذلك على وجه الكراهة لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى فى ذلك انه لاينهر الدم غالبا قال اذا وجد منهما ماينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذ كان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة امكن وهومذهب ابى حنيفة ومن رأى أن النهى عنهما هومشروع غير معلل وانه يدل على فساد المنهى عنه قال ان ذبح بهما لم تقع التذكية وان انهر الدم ومن رأى انه لايدل على فساد المنهى عنه قال ان فعل وانهر الدم اثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهى على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع فى السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من المحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته خرّج مسلم .

﴿ الباب الرابع فى شروط الذكاة ﴾

وفى هذا الباب ثلاث مسائل ، المسئلة الاولى فى اشتراط التسمية ، الثانية فى اشتراط البسملة ، الثالثة فى اشتراط النية .

(المسئلة الاولى) واختلفوا فى حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة اقوال ، فقيل هى فرض

على الاطلاق ، وقيل بل هي فرض مع الذكر ساقطة مع النسيان ، وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالقول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين ، وبالقول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري ، وبالقول الثالث قال الشافعي واصحابه وهو مروى عن ابن عباس وابي هريرة * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للاثر . فاما الكتاب فقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق) واما السنة المعارضة لهذه الآية فما رواه مالك عن هشام عن ابيه انه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل يارسول الله ان ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى اسموا الله عليها ام لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في اول الاسلام ولم ير ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره انه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجمع بان حمل الامر بالتسمية على الندب . واما من اشترط الذكر في الوجوب فمصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

(المسئلة الثانية) واما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحبوا ذلك وقوماً اجازوا ذلك وقوماً اوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلا تقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند الى اصل مخصوص عند من اجازه اوقياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ماعدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت .

(المسئلة الثالثة) واما اشتراط النية فيها فقيل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذكر فيها خارج المذهب في هذا الوقت خلافا في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان ، قول بالوجوب ، وقول بترك الوجوب فمن اوجب قال عبادة لاشتراط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه فوجب ان لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عينها .

﴿ الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز ﴾

والمذكور في الشرع ثلاثة اصناف ، صنف اتفق على جواز تذكيته ، وصنف اتفق على منع ذكاته ، وصنف اختلف فيه . فاما الصنف الذي اتفق على ذكاته فمن جمع خمسة شروط الاسلام والذكورية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة . واما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى (وماذبح على النصب) ولقوله (وما اهل به لغير الله) واما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضيع الصلاة والسارق والغاصب . فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم) ومختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سموا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموها هم على انفسهم انه يجوز منها ماعدا الشحم واختلفوا في مقابلات هذه الشروط اعني اذا ذبحوا لمسلم باستنابته اوكانوا من نصارى بني تغلب اومرتدين واذا لم يعلم انهم سموا الله اوجهل مقصود ذبحهم اوعلم انهم سموا غير الله مما يذبحونه لكنائسهم واعيادهم اوكانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر اوكانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقة الهية وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى ان النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى ان ذلك ليس بشرط وغلب عموم الكتاب اعني قوله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم) قال يجوز وكذلك من اعتقد ان نية المستنيب تجزي وهو اصل قول ابن وهب .

(واما المسئلة الثانية) وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين فان الجمهور على ان ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو احد قولي الشافعي وهو مروي عن علي رضي الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المتنصرين والمتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة

بالكتاب وهم بنو اسرائيل والروم . واما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا يؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثورى مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناوله اسم اهل الكتاب اذ كان ليس له حرمة اهل الكتاب او يتناوله .

(واما المسئلة الثالثة) وهى اذا لم يعلم ان اهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروى عن على ولست اذكر فيه فى هذا الوقت خلافا ويتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو ان لا يؤكل من تذكيتهم الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب ان لا تؤكل ذبائحهم بالشك فى ذلك . واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لاعيادهم او كنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من اباحه وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعى * وسبب اختلافهم تعارض عمومى الكتاب فى هذا الباب وذلك ان قوله تعالى (وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم) يحتمل ان يكون مخصصاً لقوله تعالى (وما اهل به لغير الله) ويحتمل ان يكون قوله تعالى (وما اهل به لغير الله) مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم اذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الآخر فمن جعل قوله تعالى وما اهل به لغير الله مخصصاً لقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم قال لا يجوز ما اهل به للكنائس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز. واما اذا كانت الذبيحة مما حرمت عليهم فقيل يجوز وقيل لا يجوز وقيل بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالتوراة او من قبل انفسهم اعنى باباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والاقاويل الاربعة موجودة فى المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والتفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة اعنى اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط فى التذكية قال لا تجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم فى اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف فى ذلك احد غير مالك واصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول اشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل فى الشحوم سبب آخر من اسباب الخلاف سوى معارضه العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية او لا تتبعض فمن قال تتبعض قال لا تؤكل الشحوم ومن قال لا تتبعض قال يؤكل الشحم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم

حديث عبد الله بن مغفل اذ اصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم فى كتاب الجهاد ومن فرق بين ما حرم عليهم من ذلك فى اصل شرعهم وبين ما حرموا على انفسهم قال ما حرم عليهم هو امر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على انفسهم هو امر باطل فتعمل فيه التذكية (قال القاضى) والحق ان ما حرم عليهم أو حرموا على انفسهم هو فى وقت شريعة الاسلام امر باطل اذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب ان لا يراعى اعتقادهم فى ذلك ولا يشترط ايضا ان يكون اعتقادهم فى تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شريعتهم لانه لو اشترط ذلك لما جاز اكل ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شريعتهم فى ذلك منسوخ واعتقاد شريعتنا لا يصح منهم وانما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله اعلم جائزة لنا على الاطلاق والا ارتفع حكم آية التحليل جملة فتأمل هذا فانه بين والله اعلم . واما المجوس فان الجمهور على انه لا تجوز ذبائحهم لانهم مشركون وتمسك قوم فى اجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنوا بهم سنة اهل الكتاب . واما الصابئون فالاختلاف فيهم من قبل اختلافهم فى هل هم من اهل الكتاب ام ليسوا من اهل الكتاب . واما المرأة والصبى فان الجمهور على ان ذبائحهم جائزة غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك ابو المصعب * والسبب فى اختلافهم نقصان المرأة والصبى وانما لم يختلف الجمهور فى المرأة لحديث معاذ بن سعد ان جارية لكعب بن مالك كانت ترعى بسلع فاصيبت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . واما المجنون والسكران فان مالكا لم يجز ذبيحتهما واجاز ذلك الشافعى * وسبب الخلاف اشتراط النية فى الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك اذ لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ واما جواز تذكية السارق والغاصب فان الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى انها ميتة وبه قال داود واسحاق بن راهويه * وسبب اختلافهم هل النهى يدل على فساد المنهى عنه أو لا يدل فمن قال يدل قال السارق والغاصب منهى عن ذكاتها وتناولها وتملكها فاذا ذكاها فسدت التذكية ومن قال لا يدل الا اذا كان المنهى عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيتهم جائزة لانه ليس صحة الملك شرطاً من شروط التذكية وفى موطأ ابن وهب انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها فلم ير بها بأساً وقد جاء اباحة ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الشاة التى ذبحت بغير اذن ربها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموها الاسارى وهذا القدر كاف فى اصول هذا الكتاب والله اعلم

﴿ كتاب الصيد ﴾

وهذا الكتاب فى اصوله ايضاً اربعة ابواب ، الباب الاول فى حكم الصيد وفى محل الصيد ، الثانى فيما به يكون الصيد ، الثالث فى صفة ذكاة الصيد والشرائط المشترطة فى عمل الذكاة فى الصيد ، الرابع فيمن يجوز صيده .

﴿ الباب الاول ﴾

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى (احل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً) ثم قال (واذا حللتم فاصطادوا) واتفق العلماء على ان الامر بالصيد فى هذه الآية بعد النهى يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك فى قوله تعالى (فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله) اعنى ان المقصود به الاباحة لوقوع الامر به بعد النهى وان كان اختلفوا هل الامر بعد النهى يقتضى الاباحة أولا يقتضيه وانما يقتضى على اصله الوجوب وكره مالك الصيد الذى يقصد به السرف وللمتأخرين من اصحابه فيه تفصيل محصول قولهم فيه ان منه ماهو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم حرام وفى حق بعضهم مندوب وفى حق بعضهم مكروه وهذا النظر فى الشرع تغلغل فى القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها فى الشرع فليس يليق بكتابنا هذا اذ كان قصدنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أوما كان قريبا من المنطوق به . واما محل الصيد فانهم اجمعوا على ان محله من الحيوان البحرى هو السمك واصنافه ومن الحيوان البرى الحلال الاكل الغير متأنس واختلفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه او نحره فقال مالك لا يؤكل الا ان ينحر من ذلك ماذكاته النحر ويذبح ماذكاته الذبح أويفعل به احدهما ان كان مما يجوز فيه الامران جميعاً وقال ابو حنيفة والشافعى اذا لم يقدر على ذكاة البعير الشارد فانه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الاصل فى ذلك للخبر وذلك ان الاصل فى هذا الباب هو ان الحيوان الانسى لا يؤكل الا بالذبح أو النحر وان الوحشى يؤكل بالعقر . واما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فند منها بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله تعالى به فقال النبى

عليه الصلاة والسلام : ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث اولى لصحته لانه لا ينبغى أن يكون هذا مستثنى من ذلك الاصل مع ان لقائل ان يقول انه جار مجرى الاصل فى هذا الباب وذلك ان العلة فى كون العقر ذكاة فى بعض الحيوان ليس شيئاً اكثر من عدم القدرة عليه لا لانه وحشى فقط فاذا وجد هذا المعنى من الانسى جاز ان تكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسماع .

﴿ الباب الثانى فيما يكون به الصيد ﴾

والاصل فى هذا الباب آيتان وحديثان الآية الاولى قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ليبلونكم الله بشئ من الصيد تناله ايديكم ورماحكم) . والثانية قوله تعالى (قل احل لكم الطيبات وماعلمتم من الجوارح مكلبين) الآية. واما الحديثان ، فأحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليها فكل مما امسكن عليك وان اكل الكلب فلا تأكل فانى اخاف أن يكون انما امسك على نفسه وان خالطها كلاب غيرها فلا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال اذا اصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وهذا الحديث هو اصل فى أكثر ما فى هذا الكتاب . والحديث الثانى حديث ابى ثعلبة الخشنى وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : ما اصبت بقوسك فسم الله ثم كل وماصدت بكلبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم و ادركت ذكاته فكل وهذان الحديثان اتفق اهل الصحيح على اخراجهما و الآلات التى يصاد بها منها مااتفقوا عليها بالجملة ومنها مااختلفوا فيها وفى صفاتها وهى ثلاث حيوان جارح . ومحدد . ومثقل فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرماح والسيوف والسهام للنص عليها فى الكتاب والسنة وكذلك بما جرى مجراها مما يعقر ماعدا الاشياء التى اختلفوا فى عملها فى ذكاة الحيوان الانسى وهى السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم فى ذلك فلا معنى لاعادته . واما المثقل فاختلفوا فى الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يجز من ذلك الا ماادركت ذكاته ومنهم من أجازه على الاطلاق ومنهم من فرق بين ماقتله المعراض او الحجر بثقله او بحده اذا خرق جسد الصيد فاجازه اذا خرق ولم يجزه اذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعى ومالك وابو حنيفة واحمد والثورى وغيرهم وهو راجع الى انه لا ذكاة الا بمحدد * وسبب اختلافهم

معارضة الاصول فى هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لها وذلك ان من الاصول فى هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن أصوله ان العقر ذكاة الصيد فمن رأى ان ماقتل المعراض وقيذ منعه على الاطلاق ومن رآه عقرا مختصاً بالصيد وأن الوقذ غير معتبر فيه أجازه على الاطلاق ومن فرق بين ماحرق من ذلك اولم يخرق فمصيراً الى حديث عدى بن حاتم المتقدم وهو الصواب واما الحيوان الجارح فالاتفاق والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه مايتعلق بالشرط . فاما النوع الذى اتفقوا عليه فهو الكلاب ماعدا الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصرى وابراهيم النخعى وقتادة وقال احمد ماعرف احدا يرخص فيه اذا كان بهيما وبه قال اسحاق . واما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلما * وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى (وماعلمتم من الجوارح مكلبين) يقتضى تسوية جميع الكلاب فى ذلك وامره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضى فى ذلك القياس ان لايجوز اصطياده على رأى من رأى أن النهى يدل على فساد المنهى عنه . واما الذى اختلفوا فيه من انواع الجوارح فيما عدا الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك واصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس اعنى أن ماقبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لااصطياد بجارح ماعدا الكلب لاباز ولاصقر ولاغير ذلك الا ماادركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازى فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم فى هذا الباب شيئان ، احدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد فى الكلاب اعنى قوله تعالى (وماعلمتم من الجوارح مكلبين) الا أن يتأول ان لفظة مكلبين مشتقة من كلب الجارح لامن لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذى فى الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذى فى لفظة مكلبين ، والسبب الثانى هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه ام لا وان كان من شرطه فهل يوجد فى غير الكلب اولا يوجد فمن قال لايقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكلبين هى مشتقة من اسم الكلب لامن اسم الكلب اوانه لايوجد الامساك الا فى الكلب اعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لايصاد بجارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط فى الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم . واما من

استثنى من ذلك البازى فقط فمصيراً الى ماروى عن عدى بن حاتم انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه و سلم عن صيد البازى فقال : ما امسك عليك فكل خرجه الترمذى فهذه هى اسباب اتفاقهم واختلافهم فى انواع الجوارح. واما الشروط المشترطة فى الجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى (وماعلمتم من الجوارح مكلبين) وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا ارسلت كلبك المعلم واختلفوا فى صفة التعليم وشروطه فقال قوم التعليم ثلاثة اصناف ، احدها ان تدعو الجارح فيجيب ، والثانى ان تشليه فينشلى ، والثالث ان تزجره فيزدجر ولا خلاف بينهم فى اشتراط هذه الثلاثة فى الكلب وانما اختلفوا فى اشتراط الانزجار فى سائر الجوارح واختلفوا ايضاً فى هل من شرطه ان لايأكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه فى الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط فى الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من اصحابه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك اعنى انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره ان لايأكل واشترطه بعضهم فى الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا فى الكل والجمهور على جواز اكل الصيد البازى والصقر وان اكل لان تضريته انما تكون بالاكل فالخلاف فى هذا الباب راجع الى موضعين : احدهما هل من شرط التعليم ان ينزجر اذا زجر . والثانى هل من شرطه الا يأكل * وسبب الخلاف فى اشتراط الاكل او عدمه شيئان ، احدهما اختلاف الآثار فى ذلك والثانى هل اذا اكل فهو ممسك ام لا فاما الآثار فمنها حديث عدى بن حاتم المتقدم وفيه فان اكل فلا تأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه و الحديث المعارض لهذا حديث ابى ثعلبة الخشنى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان اكل منه يارسول الله قال وان اكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدى بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه الا يأكل ومن رجح حديث عدى بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث ابى ثعلبة مختلف فيه ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وقال من شرط الامساك ان لايأكل بدليل الحديث المذكور وقال ان اكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعى و ابو حنيفة واحمد واسحاق والثورى وهو قول ابن عباس ورخص فى اكل ما اكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسلمان وقالت المالكية المتاخرة انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسك لسيده ولا الامساك لسيده بشرط فى الذكاة لان نية الكلب غير

معلومة وقد يمسك لسيده ثم يبدو له فيمسك لنفسه وهذا الذى قالوه خلاف النص فى الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكلوا مما امسكن عليكم) والامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان اكل فلاتأكل فانى اخاف ان يكون انما امسك على نفسه . واما اختلافهم فى الازدجار فليس له سبب الا اختلافهم فى قياس سائر الجوارح فى ذلك على الكلب لان الكلب الذى لا يزدجر لايسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة ام لافقيه التردد وهو سبب الخلاف

﴿ الباب الثالث ﴾

(فى معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها)

واتفقوا على ان الذكاة المختصة بالصيد هى العقر واختلفوا فى شروطها اختلافا كثيراً واذا اعتبرت اصولها التى هى اسباب الاختلاف سوى الشروط المشترطة فى الآلة وفى الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان فى الذكاتين اعنى ذكاة المصيد وغير المصيد وهى النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة ، احدها انها ان لم تكن الآلة او الجارح الذى اصاب الصيد قد انفذ مقاتله فانه يجب ان يذكى بذكاة الحيوان الانسى اذا قدر عليه قبل ان يموت مما اصابه من الجارح او من الضرب واما ان كان قد انفذ مقاتله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب ، والثانى ان يكون الفعل الذى اصيب به الصيد مبداه من الصائد لامن غيره اعنى لامن الآلة كالحال فى الحبالة ولامن الجارح كالحال فيما يصيب الكلب الذى ينشلى من ذاته ، والثالث ان لايشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة ، والرابع ان لايشك فى عين الصيد الذى اصابه وذلك عند غيبته عن عينه ، والخامس ان لايكون الصيد مقدوراً عليه فى وقت الارسال عليه ، والسادس ان لايكون موته من رعب من الجارح او بصدمة منه فهذه هى اصول الشروط التى من قبل اشتراطها اولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء وربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون فى وجودها فى نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدؤه من الصائد واختلافهم اذا أفلت الجارح من يده او خرج بنفسه ثم اغراه هل يجوز ذلك الصيد ام لالتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط اولا يوجد كاتفاق ابى حنيفة ومالك على ان من شرطه اذا ادرك غير منفوذ المقاتل ان يذكى اذا قدر

عليه قبل ان يموت واختلافهم بين ان يتخلصه حياً فيموت فى يده قبل ان يتمكن من ذكاته فان ابا حنيفة منع هذا واجازه مالك ورآه مثل الاول اعنى اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل وفى غير يد الجارح فاشبه المفرط اولم يشبهه فلم يقع منه تفريط واذا كانت هذه الشروط هى اصول الشروط المشترطة فى الصيد مع سائر الشروط المذكورة فى الآلة والصائد نفسه على ماسيأتى يجب ان نذكر منها مااتفقوا منه عليه وما اختلفوا فيه واسباب الخلاف فى ذلك ومايتفرع عنها من مشهور مسائلهم فنقول . اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيهما وسببه فى كتاب الذبائح ومن قبل اشتراط النية فى الذكاة لم يجز عند من اشترطها اذا ارسل الجارح على صيد واخذ آخر ذكاة ذلك الصيد الذى لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعى وابو حنيفة واحمد وابوثور ذلك جائز ويؤكل ومن قبل هذا ايضاً اختلف اصحاب مالك فى الارسال على صيد غير مرئى كالذى يرسل على مافى غيضة اومن وراء أكمة ولا يدرى هل هنالك شئ ام لا لان القصد فى هذا يشوبه شئ من الجهل . واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التى ذكرناها وهو ان عقر الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حياً فباشتراطه قال جمهور العلماء لما جاء فى حديث عدى بن حاتم فى بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام : وان ادركته حياً فاذبحه وكان النخعى يقول اذا ادركته حياً ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصرى مصيراً لعموم قوله تعالى (فكلوا مما امسكن عليكم) ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل فى طلب الصيد فان توانى فأدركه ميتا فان كان منفوذ المقاتل بسهم حل اكله والالم يحل من اجل انه لولم يتوان لكان يمكن ان يدركه حيا غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثانى وهو ان يكون الفعل مبدؤه من القانص ويكون متصلا حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما تصيبه الحبالة والشبكة اذا انفذت المقاتل بمحدد فيها فمنع ذلك مالك والشافعى والجمهور ورخص فيه الحسن البصرى ومن هذا الاصل لم يجز مالك الصيد الذى ارسل عليه الجارح فتشاغل بشئ آخر ثم عاد اليه من قبل نفسه ، واما الشرط الثالث وهو ان لايشاركه فى العقر من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع عليه فيما اذكر لانه لايدرى من قتله . واما الشرط الرابع وهو ان لايشك فى عين الصيد ولا فى قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا فى اكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثراً من كلبك او كان به سهمك مالم يبت فاذا

بات فانى اكرهه وبالكراهية قال الثورى وقال عبدالوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل وفى السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك فى المدونة لايؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقاتل . وقال الشافعى القياس ان لا تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابوحنيفة اذا توارى الصيد والكلب فى طلبه فوجده المرسل مقتولا جاز أكله مالم يترك الكلب الطلب فان تركه كرهنا اكله * وسبب اختلافهم شيآن اثنان الشك العارض فى عين الصيد اوفى ذكاته. والسبب الثانى اختلاف الآثار فى هذا الباب فروى مسلم والنسائى والترمذى وابو داود عن ابى ثعلبة عن النبى عليه الصلاة والسلام فى الذى يدرك صيده بعد ثلاث فقال : كل مالم ينتن وروى مسلم عن ابى ثعلبة ايضا عن النبى عليه الصلاة والسلام قال: اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل مالم يبت وفى حديث عدى بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه اثر سبع وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلافهم فى الصيد يصاب بالسهم او يصيبه الجارح فيسقط فى ماء او يتردى من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لانه لايدرى من اى الامرين مات الا ان يكون السهم قد انفذ مقاتله ولايشك ان منه مات وبه قال الجمهور وقال ابوحنيفة لايؤكل ان وقع فى ماء منفوذ المقاتل ويؤكل ان تردى وقال عطاء لايؤكل اصلا اذا اصيبت المقاتل وقع فى ماء اوتردى من موضع عال لامكان ان يكون زهوق نفسه من قبل التردى اومن الماء قبل زهوقها من قبل انفاذ المقاتل . واما موته من صدم الجارح له فان ابن القاسم منعه قياسا على المثقل واجازه اشهب لعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) ولم يختلف المذهب ان مامات من خوف الجارح انه غير ذكى . واما كونه فى حين الارسال غير مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقدوراً على اخذه باليد دون خوف أوغرر امامن قبل انه قد نشب فى شىء اوتعلق بشىء اورماه احد فكسر جناحه اوساقه وفى هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف فيها الصيد بأنه مقدور عليه اوغير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع فى حفرة فقيل فى المذهب يؤكل وقيل لايؤكل واختلفوا فى صفة العقر اذا ضرب الصيد فابين منه عضو فقال قوم يؤكل الصيد دون مابان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم بين ان يكون ذلك العضو مقتلا اوغير مقتل فقالوا ان كان مقتلا اكلا جميعاً وان كان غير مقتل اكل الصيد ولم يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم فى ان يكون القطع بنصفين اويكون

احدهما اكبر من الثانى * وسبب اختلافهم معارضة قوله عيله الصلاة والسلام : ماقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى (فكلوا مماامسكن عليكم) ولعموم قوله تعالى (تناله ايديكم ورماحكم) فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقا قال يؤكل الصيد والعضو المقطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر فى ذلك الحياة المستقرة اعنى فى قوله وهى حية فرق بين ان يكون العضو مقتلا اوغير مقتل .

﴿ الباب الرابع ﴾

(فى شروط القانص)

وشروط القانص هى شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك فى كتاب الذبائح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطياد فى البر شرط زائد وهو أن لايكون محرما ولاخلاف فى ذلك لقوله تعالى (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرماً) فان اصطاد محرم فهل يحل ذلك الصيد للحلال ام هو ميتة لايحل لاحد اصلا اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى انه ميتة وذهب الشافعى وابو حنيفة وابو ثور الى انه يجوز لغير المحرم اكله * وسبب اختلافهم هو الاصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى ام لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب فى كلب المجوس المعلم فقال مالك الاصطياد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعى وابو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثورى لان الخطاب فى قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب العقيقة ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر فى ستة ابواب ، الاول فى معرفة حكمها ، الثانى فى معرفة محلها ، الثالث فى معرفة من يعق عنه وكم يعق ، الرابع فى معرفة وقت هذا النسك ، الخامس سن هذا النسك وصفته ، السادس حكم لحمها وسائر اجزائها. فاما حكمها فذهبت طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب ابو حنيفة الى

انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلافهم تعارض مفهوم الآثار فى هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبى عليه الصلاة والسلام قال : كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال : لا أحب العقوق ومن ولد له ولد فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضى الندب او الاباحة فمن فهم منه الندب قال العقيقة سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين ابوداود ومن اخذ بحديث سمرة اوجبها . واما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز فى العقيقة الا ما يجوز فى الضحايا من الازواج الثمانية . واما مالك فاختار فيها الضأن على مذهبه فى الضحايا واختلف قوله هل يجزى فيها الابل والبقر او لا يجزى وسائر الفقهاء على اصلهم ان الابل افضل من البقر والبقر افضل من الغنم * وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب والقياس اما الاثر فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما ابوداود. واما القياس فلانها نسك فوجب أن يكون الاعظم فيها افضل قياسا على الهدايا . واما من يعق عنه فان جمهورهم على انه يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وشذ الحسن فقال لا يعق عن الجارية واجاز بعضهم أن يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام : يوم سابعه ودليل من خالف ماروى عن أنس ان النبى عليه الصلاة والسلام : عق عن نفسه بعدما بعث بالنبوة ودليلهم ايضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام : عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام: كل غلام مرتهن بعقيقته. واما العدد فان الفقهاء اختلفوا ايضا فى ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة شاة وقال الشافعى وابوثور وداود واحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب فمنها حديث ام كرز الكعبية خرجه ابوداود قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : فى العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق فى ذلك بين الذكر والانثى وماروى انه عق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضى الاستواء بينهما . واما وقت هذا النسك فان جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لا يعد فى الاسبوع اليوم الذى ولد فيه ان ولد نهارا وعبد الملك ابن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم فى العتبية ان عق ليلا لم يجزه واختلف

اصحاب مالك فى مبدأ وقت الاجزاء فقيل وقت الضحايا اعنى ضحى وقيل بعد الفجر قياساً على قول مالك فى الهدايا ولا شك ان من اجاز الضحايا ليلا اجاز هذه ليلا وقد قيل يجوز فى السابع الثانى والثالث . واما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفتها الجائزة اعنى انه يتقى فيها من العيوب ما يتقى فى الضحايا ولا اعلم فى هذا خلافا فى المذهب ولا خارجاً منه . واما حكم لحمها وجلدها وسائر اجزائها فحكم لحم الضحايا فى الاكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على انه كان يدمى رأس الطفل فى الجاهلية بدمها وانه نسخ فى الاسلام وذلك لحديث بريدة الاسلمى قال كنا فى الجاهلية اذا ولد لاحدنا غلام ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذ الحسن وقتادة فقالا يمس رأس الصبى بقطنة قد غمست فى الدم واستحب كسر عظامها لما كانوا فى الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف فى حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعره فضة فقيل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب اجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك فى الموطأ ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلقت شعر الحسن والحسين وزينب وام كلثوم وتصدقت بزنة ذلك فضة .

﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾

والكلام فى اصول هذا الكتاب يتعلق بجملتين ، الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات فى حال الاختيار ، الجملة الثانية ، نذكر فيها احوالها فى حال الاضطرار .

(الجملة الاولى) والاغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذى يغتذى به فمنه حلال فى الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ماتكون محرمة لعينها ومنها ماتكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما اتفقوا عليه ومنها مااختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهى بالجملة تسعة الميتة والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع وكل ما نقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذى التذكية شرط فى اكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجس . فاما الميتة فاتفق العلماء على تحريم ميتة البر واختلفوا فى ميتة البحر على ثلاثة اقوال ، فقال قوم هى حلال باطلاق، وقال قوم هى حرام باطلاق ، وقال قوم ماطفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تعارض الآثار

فى هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقته لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها لبعض معارضة جزئية فاما العموم فهو قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) واما الآثار المعارضة لهذا العموم معارضة كلية فحديثان الواحد متفق عليه والآخر مختلف فيه . اما المتفق عليه فحديث جابر وفيه ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى العنبر أو دابة قد جزر عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوما أو شهرا ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبروه فقال هل معكم من لحمه شئ فأرسلوا منه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا انما يعارض الكتاب معارضة كلية بمفهومه لا بلفظه ، واما الحديث الثانى المختلف فيه فما رواه مالك عن ابى هريرة انه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . واما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فما روى اسماعيل بن امية عن ابى الزبير عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام قال ما القى البحر أو جزر عنه فكلوه ، وما طفا فلا تاكلوه وهو حديث اضعف عندهم من حديث مالك * وسبب ضعف حديث مالك ان فى رواته من لا يعرف وانه ورد من طريق واحد قال ابو عمر بن عبد البر بل رواته معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر ان الثقات اوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث ابى هريرة لشهادة عموم الكتاب له لم يستثن من ذلك الا ما جزر عنه البحر اذ لم يرد فى ذلك تعارض ومن رجح حديث ابى هريرة قال بالاباحة مطلقاً . واما من قال بالمنع مطلقاً فمصير الى ترجيح عموم الكتاب وبالاباحة مطلقاً قال مالك والشافعى وبالمنع مطلقاً قال ابو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالفرق . واما الخمسة التى ذكر الله مع الميتة فلا خلاف ان حكمها عندهم حكم الميتة . واما الجلالة وهى التى تأكل النجاسة فاختلفوا فى اكلها * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر اما الاثر فما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها خرجه ابو داود عن ابن عمر . واما القياس المعارض لهذا فهو ان ما يرد جوف الحيوان ينقلب الى لحم ذلك الحيوان وسائر اجزائه فاذا قلنا ان لحم ذلك الحيوان حلال وجب ان يكون لما ينقلب من ذلك حكم ما ينقلب اليه وهو اللحم كما لو انقلب ترابا او كانقلاب الدم لحماً والشافعى يحرم الجلالة ومالك يكرهها . واما النجاسة تخالط الحلال فالاصل فيه الحديث المشهور من حديث ابى هريرة وميمونة انه سئل عليه الصلاة والسلام عن الفارة تقع فى السمن فقال ان كان جامدا فاطرحوها وما حولها وكلوا الباقى وان كان ذائبا فاريقوه أولا تقربوه وللعلماء فى النجاسة تخالط المطعومات الحلال مذهبان ،

احدهما من يعتبر فى التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل النجاسة التى خالطته وهو المشهور والذى عليه الجمهور ، والثانى مذهب من يعتبر فى ذلك التغير وهو قول اهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم الحديث وذلك ان منهم من جعله من باب الخاص اريد به الخاص وهم اهل الظاهر فقالوا هذا الحديث يمر على ظاهره وسائر الاشياء يعتبر فيها تغيرها بالنجاسة اولا تغيرها بها ومنهم من جعله من باب الخاص اريد به العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال الا انه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائباً لوجود المخالطة فى هاتين الحالتين وان كانت فى احدى الحالتين اكثر اعنى فى حالة الذوبان ويجب على هذا ان يفرق بين المخالطة القليلة والكثيرة فلما لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصروا من بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على القياس عليه ولذلك اقرته الظاهرية كله على ظاهره . واما المحرمات لعينها فمنها ما اتفقوا أيضاً عليه ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنتين لحم الخنزير والدم فأما الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا فى الانتفاع بشعره وفى طهارة جلده مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك فى كتاب الطهارة . واما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه من الحيوان المذكى واختلفوا فى غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا فى دم الحوت فمنهم من رآه نجساً ومنهم من لم يره نجساً والاختلاف فى هذا كله موجود فى مذهب مالك وخارجا عنه * وسبب اختلافهم فى غير المسفوح معارضة الاطلاق للتقييد وذلك ان قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة والدم) يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى (او دما مسفوحا) يقتضى بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط فى التحريم السفح ومن رأى ان الاطلاق يقتضى حكماً زائداً على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال يحرم قليل الدم وكثيره والسفح المشترط فى حرمية الدم انما هو من دم الحيوان المذكى اعنى انه الذى يسيل عند التذكية من الحيوان الحلال الاكل . و اما كل دم يسيل من الحيوان الحى فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى فقليله وكثيره حرام ولا خلاف فى هذا * واما سبب اختلافهم فى دم الحوت فمعارضة العموم للقياس واما العموم فقوله تعالى والدم ، واما القياس فما يمكن ان يتوهم من كون الدم تابعاً فى التحريم لميتة الحيوان اعنى ان ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان ما لا دم له فليس بميتة قال

القاضى وقد تكلمنا فى هذه المسئلة فى كتاب الطهارة ويذكر الفقهاء حديثاً فى هذا مخصصاً لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث فى غالب ظنى ليس هو فى الكتب المشهورة من كتب الحديث . واما المحرمات لعينها المختلف فيها فأربعة ، احدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الاربع ، والثانى ذوات الحافر الانسية ، والثالث لحوم الحيوان المامور بقتله فى الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التى تعافها النفوس وتستخبثها بالطبع وحكى ابو حامد عن الشافعى انه يحرم لحم الحيوان المنهى عن اكله قال كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

(فأما المسئلة الاولى) وهى السباع ذوات الاربع فروى ابن القاسم عن مالك انها مكروهة وعلى هذا القول عول جمهور اصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك فى الموطأ ما دليله انها عنده محرمة وذلك انه قال بعقب حديث ابى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : اكل كل ذى ناب من السباع حرام وعلى ذلك الامر عندنا والى تحريمها ذهب الشافعى واشهب واصحاب مالك وابو حنيفة الا انهم اختلفوا فى جنس السباع المحرمة فقال ابو حنيفة كل ما اكل اللحم فهو سبع حتى الفيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك السنور وقال الشافعى يؤكل الضبع والثعلب وانما السباع المحرمة التى تعدو على الناس كالاسد والنمر والذئب وكلا القولين فى المذهب وجمهورهم على ان القرد لا يؤكل ولا ينتفع به وعند الشافعى ايضاً ان الكلب حرام لا ينتفع به لانه فهم من النهى عن سؤره نجاسة عينه * وسبب اختلافهم فى تحريم لحوم السباع من ذوات الاربع معارضة الكتاب للآثار وذلك ان ظاهر قوله (قل لا أجد فيما اوحى الى محرما على طاعم يطعمه) الآية أن ماعدا المذكور فى هذه الآية حلال وظاهر حديث أبى ثعلبة الخشنى انه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع ان السباع محرمة هكذا رواه البخارى ومسلم . واما مالك فما رواه فى هذا المعنى من طريق ابى هريرة هو ابين فى المعارضة وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اكل كل ذى ناب من السباع حرام وذلك ان الحديث الاول قد يمكن الجمع بينه وبين الآية بان يحمل النهى المذكور فيه على الكراهية . واما حديث ابى هريرة فليس يمكن الجمع بينه وبين الآية الا ان يعتقد انه ناسخ للآية عند من رأى ان الزيادة نسخ وان القرآن ينسخ بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث ابى ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية ومن رأى ان حديث ابى هريرة يتضمن زيادة على ما فى الآية حرم لحوم السباع ومن اعتقد

ان الضبع والثعلب محرمان فاستدلالا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية فصيراً لما روى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبع آكلها قال نعم قلت أصيدهى قال نعم قلت فأنت سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا الحديث وان كان انفرد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره عليه الصلاة والسلام على اكل الضب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال لمكان الآية المتكررة وحرمها قوم لما جاء فى حديث ابن عباس انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم يخرجه الشيخان وانما ذكره أبو داود

(واما المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى ذوات الحافر الانسى اعنى الخيل والبغال والحمير فان جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمر الانسية الا ما روى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم البغال وقوم كرهوها ولم يحرموها وهو مروى عن مالك . واما الخيل فذهب مالك وابو حنيفة وجماعة الى انها محرمة وذهب الشافعى وابو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب فى اختلافهم فى الحمر الانسية معارضة الآية المذكورة للاحاديث الثابتة فى ذلك من حديث جابر وغيره قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية واذن فى لحوم الخيل فمن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم الحمر او قال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم ير تحريمها بما روى عن ابى اسحق الشيبانى عن ابن ابى أوفى قال أصبنا حمراً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفؤا القدور بما فيها قال ابن اسحق فذكرت ذلك لسعيد بن جبير فقال انما نهى عنها لانها كانت تأكل الجلة . واما اختلافهم فى البغال فسببه معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة) وقوله مع ذلك فى الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون للآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم الخطاب فيها ان المباح فى البغال انما هو الركوب مع قياس البغل ايضاً على الحمار * واما سبب اختلافهم فى الخيل فمعارضة دليل الخطاب فى هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس الفرس على البغل والحمار له لكن اباحة لحم الخيل نص فى حديث جابر فلا ينبغى ان يعارض بقياس ولا بدليل خطاب .

(واما المسئلة الثالثة) وهى اختلافهم فى الحيوان المأمور بقتله فى الحرم وهى الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور فان قوماً فهموا من الامر بالقتل لها مع النهى عن قتل البهائم المباحة الاكل ان العلة فى ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعى وقوماً فهموا من ذلك معنى التعدى لامعنى التحريم وهو مذهب مالك وابى حنيفة وجمهور اصحابهما . واما الجنس الرابع وهو الذى تستخبثه النفوس كالحشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات ومافى معناها فان الشافعى حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرهها فقط * وسبب اختلافهم فى مفهوم ماينطلق عليه اسم الخبائث فى قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) فمن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ماتستخبثه النفوس ممالم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هى ماتستخبثه النفوس قال هى محرمة. واما ماحكاه ابو حامد عن الشافعى فى تحريمه الحيوان المنهى عن قتله كالخطاف زعم والنحل فانى لست أدرى أين وقعت الآثار الواردة فى ذلك ولعلها فى غير الكتب المشهورة عندنا. واما الحيوان البحرى فان العلماء أجمعوا على تحليل مالم يكن منه موافقا بالاسم لحيوان فى البر محرم فقال مالك لابأس بأكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال أنتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن ابى ليلى والاوزاعى ومجاهد وجمهور العلماء الا ان منهم من يشترط فى غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد اما انسان الماء وخنزير الماء فلا يوكلان على شئ من الحالات * وسبب اختلافهم هو هل يتناول لغة أو شرعا اسم الخنزير والانسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان فى البحر مشارك بالاسم فى اللغة او فى العرف لحيوان محرم فى البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر فى هذه المسئلة يرجع الى امرين ، أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثانى هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم ان هذه الاسماء لغوية ورأى ان للاسم المشترك عموماً لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك فى ذلك وقال انتم تسمونه خنزيراً فهذه حال الحيوان المحرم الاكل فى الشرع والحيوان المباح الاكل. واما النبات الذى هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التى تتخمر ومن العسل نفسه اما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها اعنى التى هى من عصير العنب واما الانبذة فانهم اختلفوا فى القليل منها الذى لايسكر واجمعوا على ان السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور المحدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعى من التابعين وسفيان الثورى وابن ابى ليلى وشريك وابن شبرمة

وابو حنيفة وسائر فقهاء الكوفيين واكثر علماء البصريين أن المحرم من سائر الانبذة المسكرة هو السكر نفسه لا العين * وسبب اختلافهم تعارض الآثار والاقيسة فى هذا الباب فللحجازيين فى تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار الواردة فى ذلك ، والطريقة الثانية تسمية الانبذة بأجمعها خمراً فمن اشهر الآثار التى تمسك بها اهل الحجاز مارواه مالك عن ابن شهاب عن ابى سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة انها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب اسكر فهو حرام خرجه البخارى وقال يحيى بن معين هذا اصح حديث روى عن النبى عليه الصلاة والسلام فى تحريم المسكر ومنها ايضا ماخرجه مسلم عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام فهذان حديثان صحيحان. اما الاول فاتفق الكل عليه . واما الثانى فانفرد بتصحيحه مسلم وخرج الترمذى وابو داود والنسائى عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما اسكر كثيره فقليله حرام وهو نص فى موضع الخلاف. واما الاستدلال الثانى من أن الانبذة كلها تسمى خمراً فلهم فى ذلك طريقتان ، احداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق الاشتقاق ، والثانى من جهة السماع. فاما التى من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند اهل اللغة ان الخمر انما سميت خمراً لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل ماخامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الاصوليين وهى غير مرضية عند الخراسانيين. واما الطريقة الثانية التى من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم ان الانبذة تسمى فى اللغة خمراً فانها تسمى خمرا شرعا واحتجوا فى ذلك بحديث ابن عمر المتقدم وبما روى ايضاً عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وماروى ايضا عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان من العنب خمراً وان من العسل خمراً ومن الزبيب خمراً ومن الحنطة خمراً وأنا انهاكم عن كل مسكر فهذه هى عمدة الحجازيين فى تحريم الانبذة. واما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر قوله تعالى (ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقاً حسناً) وبآثار رووها فى هذا الباب وبالقياس المعنوى . اما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو كان محرم العين لما سماه الله رزقاً حسناً . واما الآثار الذى اعتمدوها فى هذا الباب فمن اشهرها عندهم حديث ابى عون الثقفى عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس عن النبى عليه الصلاة والسلام قال : حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لايحتمل التأويل وضعفه

اهل الحجاز لان بعض رواته روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سماك بن حرب باسناده عن ابى بردة بن دينار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انى كنت نهيتكم عن الشراب فى الاوعية فاشربوا فيما بدالكم ولا تسكروا واخرجها الطحاوى ورووا عن ابن مسعود انه قال شهدت تحريم النبيذ كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيتم ورووا عن ابى موسى قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً الى اليمن فقلنا يارسول الله ان بها شرابين يصنعان من البر والشعير، احدهما يقال له المزر. والاخر يقال له البتع فما نشرب فقال عليه الصلاة والسلام اشربا ولا تسكرا خرجه الطحاوى ايضا الى غير ذلك من الآثار التى ذكروها فى هذا الباب . واما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة التحريم فى الخمر انما هى الصد عن ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى (انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة) وهذه العلة توجد فى القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس يلحق بالنص وهو القياس الذى ينبه الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من اهل النظر حجة الحجازيين من طريق السمع اقوى وحجة العراقيين من طريق القياس اظهر واذا كان هذا كما قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم فى تغليب الاثر على القياس او تغليب القياس على الاثر اذا تعارضا وهى مسئلة مختلف فيها لكن الحق أن الاثر اذا كان نصاً ثابتاً فالواجب أن يغلب على القياس . واما اذا كان ظاهر اللفظ محتملا للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتأول اللفظ او يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ الظاهرة وقوة قياس من القياسات التى تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالذوق العقلى كما يدرك الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوى ولذلك كثر الاختلاف فى هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب (قال القاضى) والذى يظهر لى والله اعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وان كان يحتمل أن يراد به القدر المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره فى تعليق التحريم بالجنس اغلب على الظن من تعليقه بالقدر لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فانه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر وكثيره سدا للذريعة وتغليظاً مع أن الضرر انما يوجد فى الكثير وقد ثبت من حال الشرع بالاجماع انه اعتبر فى الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر

وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا الصحة قوله عليه الصلاة والسلام : ما اسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفكاكا فانه نص فى موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص بالمقاييس وايضا فان الشرع قد اخبران فى الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى (قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس) وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحلل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة فى الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر كذلك فى كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر الا ان يثبت فى ذلك فارق شرعى واتفقوا على ان الانتباذ حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة الخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام : فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وانه كان يريقه فى اليوم الثانى أو الثالث واختلفوا من ذلك فى مسئلتين، احداهما فى الاوانى التى ينتبذ فيها ، والثانية فى انتباذ شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب

(فاما المسئلة الاولى) فانهم اجمعوا على جواز الانتباذ فى الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباذ فى الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثورى الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت وقال ابو حنيفة واصحابه لا بأس بالانتباذ فى جميع الظروف والاوانى * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار فى هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهى عن الانتباذ فى الاربع التى كرهها الثورى وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر فى الموطأ ان النبى عليه الصلاة والسلام: نهى عن الانتباذ فى الدباء والمزفت وجاء فى حديث جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سماك انه قال كنت نهيتكم ان تنبذوا فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت فانتبذوا ولا احل مسكراً وحديث ابى سعيد الخدرى الذى رواه مالك فى الموطأ وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباذ فانتبذوا وكل مسكر حرام فمن رأى ان النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهيا عن الانتباذ فى هذه الاوانى اذا لم يعلم ههنا نهى متقدم غير ذلك قال يجوز الانتباذ فى كل شئ ومن قال ان النهى المتقدم الذى نسخ انما كان نهياً عن الانتباذ مطلقا قال بقى النهى عن الانتباذ فى هذه الاوانى فمن اعتمد فى ذلك حديث ابن عمر قال بالآيتين المذكورتين فيه ومن اعتمد فى ذلك حديث ابن عباس قال بالاربعة لانه يتضمن مزيداً والمعارضة بينه وبين حديث ابن عمر انما هى من باب دليل الخطاب وفى كتاب مسلم النهى عن الانتباذ فى الحنتم

وفيه انه رخص لهم فيه اذا كان غير مزفت .

(واما المسئلة الثانية) وهى انتباذ الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التى من شأنها ان تقبل الانتباذ وقال قوم بل الانتباذ مكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهما حرام وان لم يكونا مما يقبلان الانتباذ فيما احسب الان * والسبب فى اختلافهم ترددهم فى هل النهى الوارد فى ذلك هو على الكراهة وعلى الحظر واذا قلنا انه على الحظر فهل يدل على فساد المنهى عنه ام لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن ان يخلط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفى بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تنتبذوا الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج فى ذلك بحسب التأويل الاقاويل الثلاثة ، قول بتحريمه ، وقول بتحليله مع الاثم فى الانتباذ ، وقول بكراهية ذلك. واما من قال انه مباح فلعله اعتمد فى ذلك عموم الاثر بالانتباذ فى حديث أبى سعيد الخدرى . واما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاط لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة فى النبيذ واما ان يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين واجمعوا على ان الخمر اذا تخللت من ذاتها جاز أكلها واختلفوا اذا قصد تخليلها على ثلاثة اقوال التحريم والكراهية والاباحة * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر واختلافهم فى مفهوم الاثر وذلك ان ابا داود خرج من حديث انس بن مالك ان ابا طلحة سأل النبى عليه السلام عن ايتام ورثوا خمراً فقال : اهرقها قال افلا أجعلها خلا قال لا فمن فهم من المنع سد ذريعة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهى لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا ان لا تحريم ايضاً على مذهب من يرى ان النهى لا يعود بفساد المنهى والقياس المعارض لحمل الخل على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هى للذوات المختلفة وان الخمر غير ذات الخل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخل وجب ان يكون حلالا كيف ما انتقل.

(الجملة الثانية فى استعمال المحرمات فى حال الاضطرار) والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه) والنظر فى هذا الباب فى السبب المحلل وفى جنس الشئ المحلل وفى مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذى اعنى اذا لم يجد شيأ حلالا يتغذى به وهو لا خلاف فيه واما السبب الثانى طلب البرء وهذا المختلف فيه فمن اجازه احتج باباحة النبى عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فلقوله

عليه الصلاة والسلام ان الله لم يجعل شفاء امتى فيما حرم عليها واما جنس الشئ المستباح فهو كل شئ محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف فى الخمر عندهم هو من قبل التداوى بها لا من قبل استعمالها فى التغذى ولذلك اجازوا للعطشان ان يشربها ان كان منهارى وللشرق ان يزيل شرقه بها . واما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حد ذلك الشبع والتزود منها حتى يجد غيرها وقال الشافعى وابو حنيفة لا يأكل منها الا ما يمسك الرمق وبه قال بعض اصحاب مالك * وسبب الاختلاف هل المباح له فى حال الاضطرار هو جميعها أم ما يمسك الرمق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) واتفق مالك والشافعى على انه لا يحل للمضطر اكل الميتة اذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى (غير باغ ولا عاد) وذهب غيره الى جواز ذلك

﴿ تم الجزء الاول ويليه الجزء الثانى واوله كتاب النكاح ﴾

فهرست

الجزء الاول

(من كتاب)

﴿ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ﴾

﴿ للامام ابن رشد ﴾

صحيفة	
٢	مقدمة الكتاب
٥	﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾
	الدليل على وجوب الطهارة
٦	معرفة فعل الوضوء
	هل النية شرط
	غسل اليد قبل الادخال فى الاناء
٧	اختلفوا فى المضمضة والاستنشاق
٨	غسل الوجه
	غسل اليدين والذراعين
٩	مسح الرأس
	غسل الاعضاء هل هو مرة مرة
١٠	هل يجوز المسح على العمامة

صحيفة	
١١	اختلفوا فى مسح الاذنين
	نوع طهارة الرجل
١٣	الترتيب فى الوضوء والموالاة
١٤	جواز المسح على الخفين
١٥	واما نوع محل المسح
	واما صفة الخف
١٦	واما التوقيت وشروط المسح
١٧	نواقض هذه الطهارة
١٨	(المياه)
٢١	الماء المستعمل والاسئار
٢٥	هل يجوز الوضوء بنبيذ التمر فى السفر
٢٦	نواقض الوضوء

صحيفة

٢٧ اختلف فى النوم على اربعة مذاهب
٢٩ ايجاب الوضوء من لمس النساء
٣٠ اختلف فى مس الذكر
٣١ اكل ما مسته النار هل يوجب الوضوء
الضحك فى الصلاة هل يوجب الوضوء
حمل الميت هل يوجب الوضوء
٣٢ (لماذا اشترطت الطهارة)
الطهارة شرط فى مس المصحف أم لا
هل يجب الوضوء على الجنب
٣٣ اشتراط الوضوء فى الطواف
هل يجوز لغير متوضئ ان يقرأ القرآن
٣٤ ﴿كتاب الغسل﴾
هل من شرط الطهارة امرار اليد على الجسد
٣٥ هل من شروط الطهارة النية أم لا
المضمضة والاستنشاق فى هذه الطهارة
هل من شرط الطهارة الفور والترتيب
٣٦ (النواقض لهذه الطهارة)
سبب ايجاب الطهر من الوطء
٣٧ ما المعتبر فى ايجاب خروج المنى للطهر
احكام الجنابة والحيض
اختلف فى دخول المسجد للجنب
٣٨ مس الجنب المصحف وقراءته
٣٩ الدماء التى تخرج من الرحم ثلاثة
اختلف فى اكثر ايام الحيض
٤٠ الحائض التى تنقطع حيضتها

صحيفة

٤١ اختلفوا فى اقل النفاس واكثره
دم الحامل هو حيض أم استحاضة
٤٢ الصفرة والكدرة هل هى حيض أم لا
اختلف فى علامة الطهر
اختلف الفقهاء فى المستحاضة
٤٤ احكام الحيض والاستحاضة
اختلف الفقهاء فى مباشرة الحائض
٤٥ وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال
الذى يأتى امرأته وهى حائض
٤٦ اختلف العلماء فى المستحاضة
٤٩ اختلف فى وطء المستحاضة
﴿كتاب التيمم﴾
٥١ من تجوز له هذه الطهارة
٥٢ شروط هذه الطهارة
ان النية فيها شرط
الطلب شرط ام لا
اشتراط دخول الوقت
٥٣ فى صفة هذه الطهارة اعنى التيمم
اختلف الفقهاء فى حد الايدى
٥٤ اختلف العلماء فى عدد الضربات
٥٥ توصيل التراب الى اعضاء التيمم
ماتصنع به هذه الطهارة
٥٦ واما نواقض هذه الطهارة
ارادة الصلوة الثانية هل تنقضه
٥٧ ان وجود الماء ينقضها

صحيفة

٥٨ اى عمل شرط هذه الطهارة له
﴿كتاب الطهارة من النجس﴾
حكم هذه الطهارة
٦٠ انواع النجاسات
اختلفوا فى ميتة الحيوان
٦١ اختلفوا فى انواع الميتات
اختلفوا فى الانتفاع بجلود الميتة
٦٢ دم الحيوان البرى نجس
٦٣ نجاسة بول ابن آدم
٦٤ اختلف الناس فى قليل النجاسات
اختلفوا فى المنى هل هو نجس أم لا
٦٥ المحال التى تزال عنها النجاسات
اى شئ تزال به النجاسة
٦٦ الصفة التى بها تزول النجاسة
٦٨ آداب الاستنجاء ودخول الخلاء
٦٩ ﴿كتاب الصلاة﴾
٧٠ فى ادلة وجوبها وعدد الواجب على من تجب
٧١ ما الواجب على من تركها عمداً
٧٢ الاوقات الموسعة والمختارة
اتفقوا على ان اول وقت الظهر
٧٣ اختلفوا من صلاة العصر
٧٤ اختلفوا فى المغرب
٧٥ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة
٧٦ اول وقت الصبح
٧٧ الوقت المشترك
آخر الوقت المشترك

صحيفة

٧٨ واما اوقات الضرورة
٧٩ الاوقات المنهى عن الصلاة فيها
٨٢ معرفة الاذان والاقامة
صفة الاذان
٨٣ حكم الاذان
٨٤ وقت الاذان
٨٥ شروط الاذان
٨٦ مايقوله السامع للمؤذن
الاقامة
٨٧ القبلة
٨٨ جواز الصلوة فى داخل الكعبة
٨٩ ان ستر العورة فرض
٩٠ حد العورة من الرجل والمرأة
مايجزى من اللباس فى الصلاة
٩١ الطهارة من النجس
٩٢ فى المواضع التى يصلى فيها
٩٣ فى التروك المشترطة فى الصلاة
٩٤ (مباحث النية)
الاقوال والافعال التى فى الصلوة
٩٥ اختلف العلماء فى التكبير
٩٦ اى لفظ يجزئ فى التكبير
هل يجب التوجيه فى الصلاة
٩٧ اختلفوا فى البسملة فى افتتاح الصلاة
٩٨ لاتجوز الصلاة بغير قراءة
١٠٠ الجمهور على منع القراءة فى الركوع والسجود
١٠١ اختلفوا فى وجوب التشهد

صحيفة

١٠٢ اختلفوا فى التسليم من الصلاة
١٠٣ اختلفوا فى القنوت
١٠٤ اختلف فى رفع اليدين فى الصلاة
١٠٥ الاعتدال من الركوع وفى الركوع
اختلف فى هيئة الجلوس
١٠٦ الجلسة الوسطى والاخيرة
١٠٧ وضع اليدين احداهما على الاخرى
النهوض فى الوتر
١٠٨ ان السجود يكون على سبعة اعضاء
١٠٩ كراهية الاقعاء فى الصلاة
١١٠ صلاة الجماعة سنة أو فرض على الكفاية
١١١ دخل مسجدا هل يجب عليه الجماعة أم لا
١١٢ اختلفوا فيمن اولى بالامامة
١١٣ اختلف فى امامة الصبى
اختلفوا فى امامة الفاسق
١١٤ اختلفوا فى امامة المرأة
هل يؤمن الامام
١١٥ متى يكبر الامام
هل يفتح على الامام
هل يجوز رفع موقع الامام
١١٦ نية الامامة هل تجب
مقام المأموم من الامام
سنة المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
الصف الاول مرغب فيه
١١٧ رجل يسمع الاقامة هل يسرع الى المسجد

صحيفة

١١٧ متى يستحب ان يقام الى الصلاة
الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة له أن يركع فى غير الصف
١١٨ ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام
١١٩ صلاة القائم خلف القاعد
١٢٠ صفة الاتباع
١٢١ لا يحمل الامام عن المأموم ما عدا القراءة
١٢٢ اذا طرأ على الامام حدث فى الصلاة
(وجوب الجمعة)
١٢٣ شروط الجمعة
١٢٥ اركان الجمعة
الخطبة هل شرط وركن أم لا
١٢٦ اختلف فى القدر المجزى من الخطبة
الانصات يوم الجمعة والامام يخطب
١٢٨ جاء يوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع
١٢٩ احكام الجمعة
اختلفوا فى ظهر الجمعة
١٣٠ صلاة السفر والقصر
١٣٤ جمع المسافر بين الصلاتين
١٣٥ صورة الجمع ومبيحاته
١٣٧ صلاة الخوف
١٤٠ صلاة المريض
١٤١ الاسباب التى تقتضى اعادة الصلاة
الحدث يقطع الصلاة
هل يقطع الصلاة مرور بين يدى المصلى

صحيفة

١٤٢ اختلفوا فى النفخ فى الصلاة
الضحك والتبسم فى الصلاة
اختلفوا فى صلاة الحاقن
اختلفوا فى رد المصلى سلام من سلم
١٤٣ (القضاء)
١٤٦ ادرك الامام قبل الرفع من الركوع
١٤٧ اذا سها عن اتباع الامام فى الركوع
١٤٨ اتيان المأموم بما فاته اداء اوقضاء
١٤٩ متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام
متى يكون مدركا لصلاة الجمعة
١٥٠ (سجود السهو)
١٥١ سجود السهو هل هو فرض أو سنة
اختلفوا فى مواضع سجود السهو
١٥٣ الاقوال والافعال التى يسجد لها
١٥٥ صفة سجود السهو
المأموم اذا سهى هل يسجد
١٥٦ هل يسبح للساهى
١٥٨ ﴿ النوافل ﴾
القول فى الوتر
١٦٢ ركعتى الفجر
١٦٤ النوافل هل تثنى اوتربع
١٦٥ ركعتى دخول المسجد
١٦٦ قيام شهر رمضان وعدد ركعاته
صلاة الكسوف
اختلف فى صفتها
١٦٧ اختلفوا فى القراءة فيها

صحيفة

١٦٨ اختلفوا فى الوقت الذى تصلى فيه
هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة
١٦٩ اختلفوا فى كسوف القمر
١٧٠ صلاة الاستسقاء
١٧١ صلاة العيدين
١٧٦ سجود القرآن
١٧٩ ﴿ كتاب احكام الميت ﴾
يستحب ان يلقن الميت
غسل الميت وحكمه
١٨٠ من يجب غسله ومن يغسل
١٨٢ صفة الغسل
هل ينزع عن الميت قميصه
قال ابو حنيفة لا يوضأ الميت
١٨٣ اختلفوا فى التوقيت فى الغسل
١٨٤ الاكفان
١٨٥ صفة المشى مع الجنازة
١٨٦ صلاة الجنازة وصفتها
كم عدد تكبير صلاتها
١٨٧ القراءة فى صلاة الجنازة
١٨٨ اختلفوا فى التسليم من الجنازة
أين يقوم الامام من الجنازة
ترتيب جنائز الرجال والنساء
١٨٩ لو فات بعض التكبير على الجنازة
١٩٠ اختلفوا فى الصلاة على القبر
من يصلى عليه ومن أولى بالتقديم
١٩٣ وقت الصلاة على الجنازة
مواضع الصلاة على الجنازة

صحيفة
١٩٤ شروط الصلاة على الجنازة
الدفن وتخصيص القبر
١٩٥ ﴿ كتاب الصيام ﴾
٢٠١ الامساك فى الصوم
٢٠٣ النية فى الصوم
٢٠٥ صيام المريض والمسافر
٢٠٦ هل الصوم أفضل أو الفطر
الفطر الجائز للمسافر
٢٠٧ هل للصائم ان يسافر ولا يصوم
٢٠٨ يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء
٢١٢ اذا جامع ناسياً لصومه
٢١٣ المرأة اذا طاوعته على الجماع
الكفارة مرتبة أو على التخيير
٢١٤ اختلفوا فى مقدار الاطعام
تكرر الكفارة بتكرر الافطار
هل يجب على المعسر الاطعام اذا ايسر
٢١٦ الصوم المندوب اليه
٢٢٠ ﴿ كتاب الاعتكاف ﴾
٢٢٥ ﴿ كتاب الزكاة ﴾ ومن تجب عليه
٢٢٧ زكاة الثمار المحبسة الاصول
زكاة الارض المستأجرة على من تجب
٢٢٩ اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه
٢٣٠ معرفة ماتجب فيه من الاموال
٢٣٣ معرفة كم تجب ومن كم تجب
٢٣٤ ماتجب فيه الزكاة من الفضة والذهب
٢٣٦ زكاة الشريكين

صحيفة
٢٣٧ اعتبار النصاب فى المعدن
نصاب الابل والواجب فيه
٢٣٨ اذا عدم السن الواجب
٢٣٩ هل تجب فى صغار الابل
نصاب البقر وقدر الواجب فيه
٢٤٠ نصاب الغنم وقدر الواجب
٢٤٢ نصاب الحبوب والثمار
٢٤٤ تقدير النصاب بالخرص
٢٤٥ يحسب على الرجل ما أكل
نصاب العروض
٢٤٧ هل يشترط الحول فى المعدن
حول ربح المال والفوائد
٢٤٨ اعتبار حول الدين
٢٤٩ اعتبار حول العروض
حول فائدة الماشية
٢٥٠ حول نسل الغنم
جواز اخراج الزكاة قبل الحول
هل تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد
٢٥١ المؤلفة قلوبهم باق الى اليوم أم لا
الصفة التى يستوجبون بها الصدقة
٢٥٢ مقدار مايعطى من ذلك
٢٥٣ ﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾ وحكمها
معرفة من تجب عليه
٢٥٥ كم تجب ومماذا تجب عليه
٢٥٦ متى تجب عليه ومن تجوز له
٢٥٧ ﴿ كتاب الحج ﴾

صحيفة
٢٥٧ معرفة وجوب الحج وشروطه
وعلى من يجب ومتى يجب
٢٦١ افعال هذه العبادة
٢٦٢ القول فى ميقات الزمان
٢٦٣ القول فى التروك
٢٦٨ القول فى انواع هذا النسك
٢٧١ القول فى الاحرام
٢٧٤ القول فى الطواف بالبيت
٢٧٦ القول فى شروطه
٢٧٧ القول فى أعداده واحكامه
٢٧٨ القول فى السعى بين الصفا والمروة
٢٧٩ القول فى شروطه
الخروج الى عرفة
٢٨٠ الوقوف بعرفة
٢٨١ القول فى شروطه
٢٨٢ القول فى افعال المزدلفة
٢٨٣ القول فى رمى الجمار
٢٨٦ القول فى الاحصار
٢٨٩ القول فى جزاء الصيد
٢٩٥ القول فى فدية الاذى
٢٩٧ القول فى كفارة المتمتع
٣٠١ الكفارات المسكوت عنها
٣٠٣ القول فى الهدى
٣٠٧ ﴿ كتاب الجهاد ﴾
حكم هذه الوظيفة ولمن تلزم
٣٠٨ معرفة الذين يحاربون وما يجوز من النكاية فى العدو

صحيفة
٣١٢ معرفة شروط الحرب
٣١٣ العدد الذين لايجوز الفرار عنهم
هل تجوز المهادنة
٣١٤ لماذا يحاربون
٣١٥ فى حكم الخمس
٣١٦ حكم الاربعة الاخماس
٣١٩ حكم الانفال
٣٢٠ الخمس الواجب لبيت المال
مقدار ما للامام ان ينفل من ذلك
يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم لا
٣٢١ سلب المقتول للقاتل اولا
٣٢٢ اموال المسلمين التى تسترد من الكفار
٣٢٤ اختلفوا فيما افتتح عنوة
٣٢٥ قسمة الفئ
٣٢٦ الجزية وممن تؤخذ
٣٢٧ كم الواجب ومتى تجب ومتى تسقط
٣٢٨ كم اصناف الجزية
٣٢٩ فيماذا تصرف الجزية
﴿ كتاب الايمان ﴾ وضروبها
٣٣٠ الايمان المباحة
الايمان اللغوية والمنعقدة
٣٣١ الايمان التى ترفعها الكفارة
٣٣٣ اختلفوا فى الايمان المنعقدة
اختلف فيمن قال انا كافر

صحيفة
٣٣٢ الايمان التى ليست اقساما بشئ
٣٣٣ اختلفوا فى اقسم أو اشهد
شروط الاستثناء المؤثر فى اليمين
٣٣٤ هل تنفع النية الحادثة فى الاستثناء
٣٣٦ موجب الحنث وشروطه واحكامه
الساهى والمكره بمنزلة العامد
حلف ان لايفعل شيئاً ففعل بعضه
يحلف على شئ يفهم منه معنى اعم
٣٣٧ ان اليمين على نية المستحلف
٣٣٨ الكفارة فى الايمان ومقدار الاطعام
٣٣٩ المجزى من الكسوة والصوم
عدد المساكين وشرائطها
٣٤٠ شرط الرقبة
متى ترفع الكفارة الحنث
٣٤١ ﴿كتاب النذور﴾ واصنافها
٣٤٢ فيما يلزم من النذور وما لايلزم
٣٤٣ اختلفوا فيمن نذر معصية اوحرم
شيئا مباحا
٣٤٤ اختلفوا فى الواجب فى النذر المطلق
النذر بالمشى الى بيت الله لازم
٣٤٥ النذر بالمشى الى مسجد النبى
٣٤٦ من نذر نحر ابنه فى مقام ابراهيم
من نذر ان يجعل ماله كله فى سبيل
الله أو فى سبيل من سبل البر مايلزمه
٣٤٧ ﴿كتاب الضحايا﴾ وحكمها
٣٤٨ جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام
٣٤٩ فى تمييز الصفات

صحيفة
٣٥١ معرفة السن والعدد
٣٥٣ ابتداء الذبح المختص بالضحايا
وانتهائه
٣٥٤ اختلافهم فى ليالى ايام النحر
٣٥٥ احكام لحوم الضحايا
٣٥٦ ﴿كتاب الذبائح﴾
المنخنقة والموقوذة والمتردية
والنطيحة وما اكل السبع
٣٥٨ تأثير الذكاة فى الحيوان المحرم
تأثير الذكاة فى المريضة
٣٥٩ ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا
هل للجراد ذكاة أم لا
٣٦٠ للحيوان الذى يأوى فى البر تارة
وفى البحر تارة ذكاة أم لا
انواع الذكاة
٣٦١ قطع الودجين والحلقوم
٣٦٢ تمادى الذابح بالذبح حتى يقطع
النخاع
هل من شرط الذكاة ان تكون فى فور
فيما تكون به الذكاة
٣٦٣ اشتراط التسمية فى الذكاة
٣٦٤ اشتراط البسملة والنية
٣٦٥ من تجوز تذكيته ومن لاتجوز
ذبائح اهل الكتاب
ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتدين
٣٦٦ اذا لم يعلم تسمية اهل الكتاب
٣٦٨ ﴿كتاب الصيد﴾ وحكمه

صحيفة
٣٦٨ مابه يكون الصيد
٣٧٢ الذكاة المختصة بالصيد وشروطها
٣٧٥ من يجوز صيده
﴿كتاب العقيقة﴾
٣٧٧ ﴿كتاب الاطعمة والاشربة﴾
المحرمات فى حال الاختيار

صحيفة
٣٨٠ السباع ذوات الاربع
٣٨١ ذوات الحافر الانسى
٣٨٢ الحيوان المأمور بقتله فى الحرم
٣٨٥ جواز الانتباذ فى الاسقية
٣٨٦ انتباذ الخليطين
استعمال المحرمات فى حال الاضطرار

T.C.

الجزء الثانى

من

بداية المجتهد و نهاية المقتصد

للامام الحكيم الفقيه الاصولى القاضى ابى الوليد محمد بن احمد بن محمد
بن احمد بن رشد القرطبى الاندلسى الشهير [بابن رشد الحفيد]
المتوفى بسنة ٥٩٥ هجرية رحمه الله تعالى

طبعت على النسخة المطبوعة فى القاهرة بقراءة احمد حمدى البافره وى

طبع بمطبعة احمد كامل بدار الخلافة العلية سنة ١٣٣٣ هجرية

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر فى خمسة ابواب، الباب الاول فى مقدمات النكاح، الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح، الباب الرابع فى حقوق الزوجية ، الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها والفاسدة

﴿ الباب الاول ﴾

وفى هذا الباب اربع مسائل فى حكم النكاح وفى حكم خطبة النكاح وفى الخطبة على الخطبة وفى النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال اهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب مايخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به فى قوله تعالى (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) وفى قوله عليه الصلاة والسلام : تناكحوا فانى مكاثر بكم الامم وما اشبه ذلك من الاخبار الواردة فى ذلك على الوجوب ام على الندب ام على الاباحة . فامامن قال انه فى حق بعض الناس واجب وفى حق بعضهم مندوب اليه وفى حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له اصل معين يستند اليه وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(واما خطبة النكاح) المروية عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور انها ليست واجبة وقال داود هى واجبة * وسبب الخلاف هل يحمل فعله فى ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب او على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النهى فى ذلك ثابت عن النبى عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه اولا يدل وان كان يدل فعلى اى حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعى وابو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو انه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما منع النهى اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . واما ان كان الاول غير صالح والثانى صالح جاز . واما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا فى اول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان اباجهم بن حذيفة ومعاوية بن ابى سفيان خطباها فقال . اما ابو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . واما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى اسامة . واما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط فاجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين * والسبب فى اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقا وورد مقيداً اعنى بالوجه والكفين على ماقاله كثير من العلماء فى قوله تعالى (ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها) انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها فى الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

(الباب الثانى فى موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة اركان ، الركن الاول فى معرفة كيفية هذا العقد ، الركن الثانى فى معرفة محل هذا العقد ، الثالث فى معرفة شروط هذا العقد

(الركن الاول) فى الكيفية والنظر فى هذا الركن فى مواضع فى كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه فى لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار ام لا يجوز وهل ان تراخى القبول من احد المتعاقدين لزم ذلك العقد ام من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) الاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع فى حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وهو فى حق الابكار المستأذنات واقع بالسكوت اعنى الرضا . واما الرد فباللفظ ولا خلاف فى هذه الجملة الا ما حكى عن اصحاب الشافعى ان اذن البكر اذا كان المنكح غير اب

ولاجد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا فى انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع او بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعى لاينعقد الا بلفظ النكاح او التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ام ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن الحقه بالعقود التى يعتبر فيها الامران قال لانكاح منعقد الا بلفظ النكاح او التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ اجاز النكاح باى لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعى من ذلك اعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرع مشاركة .

(الموضع الثانى) واما من المعتبر قبوله فى صحة هذا العقد فانه يوجد فى الشرع على ضربين، احدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين انفسهما اعنى الزوج والزوجة اما مع الولى واما دونه على مذهب من لايشترط الولى فى رضا المرأة المالكة امر نفسها ، والثانى يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفى كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها و نحن نذكر منها قواعدها واصولها فنقول . اما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر انفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم فى صحة النكاح . واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ ام ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى لايجبره * والسبب فى اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد ام ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا فى جبر الوصى محجوره والخلاف فى ذلك موجود فى المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له ام ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغى أن لا يتوقف فى ذلك . واما النساء اللاتى يعتبر رضاهن فى النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام : والثيب تعرب عن نفسها الا ماحكى عن الحسن البصرى و اختلفوا فى البكر البالغ وفى الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعى وابن ابى ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وابو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك فى البكر المعنسة على احد القولين عنه وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى هذا للعموم وذلك ان ماروى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله: لاتنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة فى نفسها خرجه ابو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث ابن عباس المشهور: والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم اقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم فى حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : والبكر يستأذنها ابوها وهو نص فى موضع الخلاف . واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وابا حنيفة قالا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعى لايجبرها وقال المتأخرون ان فى المذهب فيها ثلاثة اقوال ، قول ان الاب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب ، وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون ، وقول انه لايجبرها وان لم تبلغ وهو قول ابى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه اهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتيمة فى نفسها ولاتنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لاتستأمر الا ما اجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله : لاتنكح الايم حتى تستأمر ولاتنكح حتى تستأذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعى ولاختلافهم فى هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لايجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا فى موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فمن قال الصغر قال لايجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولاتجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الاول تعليل ابى حنيفة ، والثانى تعليل الشافعى ، والثالث تعليل مالك والاصول اكثر شهادة لتعليل ابى حنيفة واختلفوا فى الثيوبة التى ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا او الرد فذهب مالك وابو حنيفة الى انها الثيوبة التى تكون بنكاح صحيح او شبهة نكاح او ملك وانها لاتكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعى كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية ام بالثيوبة اللغوية واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست او سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح ابى بكر ابيها رضى الله عنه الا ماروى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك فى مسئلتين احداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب ، والثانية هل يزوج الصغير غير الاب فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب ام لا فقال الشافعى يزوجها الجد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لا يزوجها الا الاب فقط او من جعل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال ابو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام : والبكر تستأمر واذنها صماتها يقتضى العموم فى كل بكر الا ذات الاب التى خصصها الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب فى هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط لانه فى معنى الاب اذ كان ابا اعلى وهو الشافعى ومن قصر ذلك على الاب رأى ان ما للاب فى ذلك غير موجود لغيره اما من قبل الشرع أن خصه بذلك واما من قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد فى غيره وهو الذى ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه اظهر والله اعلم الا ان يكون هنالك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الاباء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتيمة والمستأمرة هى من اهل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج ايضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليه الصلاة والسلام : تستأمر اليتيمة فى نفسها قالوا والصغيرة ليست من اهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولأولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من اهل الاستئمار واما الصغيرة فمسكوت عنها . واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكا اجازه للوصى وابا حنيفة أجازه للاولياء الا ان ابا حنيفة اوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الاب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الاب فى ذلك على الاب فمن رأى ان الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد فى غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير فى ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل ابو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا .

(واما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال ابو ثور يجوز * والسبب فى اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التى يجوز فيها الخيار او نقول ان الاصل فى العقود ان لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل او نقول ان اصل منع الخيار فى البيوع هو الغرر والانكحة لا غرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية فى النكاح أشد منه فى البيوع . واما تراخى القبول من احد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ومنعه قوم واجازه قوم وذلك مثل ان ينكح الولىّ امرأة بغير اذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقاً الشافعى وممن اجازه مطلقا ابو حنيفة واصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك * وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين فى وقت واحد معاً ام ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض فى البيع .

﴿ الركن الثانى فى شروط العقد ﴾

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول فى الاولياء ، الثانى فى الشهود ، الثالث فى الصداق

﴿ الفصل الاول ﴾

والنظر فى الاولياء فى مواضع اربعة ، الاول فى اشتراط الولاية فى صحة النكاح ، الموضع الثانى فى صفة الولى ، الثالث فى اصناف الاولياء وترتيبهم فى الولاية وما يتعلق بذلك ، الرابع فى عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه .

(الموضع الاول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح ام ليست بشرط فذهب مالك الى انه لا يكون نكاح الا بولى وانها شرط فى الصحة فى رواية اشهب عنه وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولىّ وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى فى البكر وعدم اشتراطه فى الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك فى الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى وانه يجوز للمرأة غير الشريفة ان تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من اصحاب مالك اعنى انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هى ظاهرة فى اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن ان يكون فى ذلك نص بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط اسقاطها هي ايضاً محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك . فمن اظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء ايضاً ومن اشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فالمهر لها بما اصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . واما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد اضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (ان ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) واما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى (فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن) فليس فيه اكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من ان يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط أذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا اعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة او النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو ان يكون خطابا لاولي الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه ان يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء او لاولي الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في اولي الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوي الامر والاولياء قيل ان هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوي فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن اصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

اصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريباً من التواتر لان هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وايضاً فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله اعلم . واما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به والاظهر ان ما لا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وايضاً فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولي لمن لها ولي اعني المولى عليها وان سلمنا عام في كل امرأة فليس فيه ان المرأة لا تعقد على نفسها اعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولي لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها . واما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون اوليائهن وليس ههنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله اعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاولياء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف واما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . واما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فبماذا ليت شعري تكون الايم احق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو ان يكون موافقا هذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في انفسهن بالمعروف) هو اظهر في ان المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك ان الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا ايضا بحديث ابن عباس انه قال لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا ايضا في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام ام سلمة وامره لابنها أن ينكحها اياه . واما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد

فى المرأة اكتفى فى عقد النكاح كما يكتفى به فى التصرف فى المال ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة فى هذا المعنى على التأبيد مع ان مايلحقها من العار فى القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لكن يكفى فى ذلك أن يكون للاولياء الفسخ اوالحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن انه لوقصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء واصنافهم ومراتبهم فان تأخر البيان عن وقت الحاجة لايجوز فاذا كان لايجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى فى هذه المسئلة يقتضى أن ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً اوقريباً من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد احد امرين ، اما انه ليست الولاية شرطاً فى صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة فى ذلك واما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الابعد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثانى) واما النظر فى الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها اضداد هذه اعنى الكفر والصغر والانوثة. واختلفوا فى ثلاثة فى العبد والفاسق والسفيه . فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها ابو حنيفة . واما الرشد فالمشهور فى المذهب اعنى عند اكثر اصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها اعنى الولاية وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعى قال اشهب وابو مصعب * وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد فى هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً فى المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد فى المال وهما قسمان كما ترى اعنى أن الرشد فى المال غير الرشد فى اختيار الكفاءة لها. واما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى اعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة وقد يمكن ان يقال ان الحالة التى بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهى خوف لحوق العار بهم وهذه هى موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف فى ولايته كما يدخل فى عدالته .

(الموضع الثالث) واما اصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى اعلى واسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة واختلفوا فى الوصى فقال

مالك يكون الوصى ولياً ومنع ذلك الشافعى * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها ام ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا فى الوكالة فى النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا فى ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان اقرب عصبة كان احق بالولاية والابناء عنده اولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وابوه اولى من الاخ وابنه ليس من اصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وان سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده احق من الاسفل والوصى عنده اولى من ولى النسب اعنى وصى الاب واختلف اصحابه فيمن اولى وصى الاب اوولى النسب فقال ابن القاسم الوصى اولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى اولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية النبوة فلم يجزها اصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لاولاية للابن وروى عن مالك أن الاب اولى من الابن وهو احسن وقال ايضاً الجد اولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعى اعتبر التعصيب اعنى أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر : لاتنكح المرأة الا باذن وليها اوذى الرأى من اهلها اوالسلطان ولم يعتبره مالك فى الابن لحديث ام سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم : امر ابنها ان ينكحها اياه ولانهم اتفقوا اعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم فى الجد هو اختلافهم فيمن هو اقرب هل الجد اوالاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، احداها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد اوالى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية اولا تنتقل .

(فاما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز او يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب فى ابنته البكر والوصى فى محجورته فانه لايختلف قوله ان النكاح فى هذين مفسوخ اعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب اوغير الوصى المحجورة مع حضور الوصى. وقال الشافعى لاينعقد احد مع حضور الاب لافى بكر ولافى ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى اعنى ثابتاً بالشرع فى الولاية ام

ليس بحكم شرعى وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولى الاقرب ام ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الابعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعى ورأى انه حق للولى قال النكاح منعقد فان اجازه الولى جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد انكر قوم هذا المعنى فى المذهب اعنى ان يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

(واما المسئلة الثانية) فان مالكا يقول اذا غاب الولى الاقرب انتقلت الولاية الى الابعد وقال الشافعى تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة فى ذلك بمنزلة الموت ام لا وذلك انه لا خلاف عندهم فى انتقالها فى الموت .

(واما المسئلة الثالثة) وهى غيبة الاب عن ابنته البكر فان فى المذهب فيها تفصيلا واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة اوقربه والجهل بمكانه او العلم به وحاجة البنت الى النكاح اما لعدم النفقة واما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعاً فاتفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة اوكان الاب مجهول الموضع أو اسيراً وكانت فى صون وتحت نفقة انها ان لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه ام لا اذا كان بعيداً فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت فى غير صون فانها تزوج ايضاً فى هذه الاحوال الثلاثة اعنى فى الغيبة البعيدة وفى الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت فى غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما احسب انها لا تزوج فى الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحى الذى انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الا بعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة امرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو ان يكون تقدم احدهما فى العقد على الآخر او يكونا عقدا معاً ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم اولا يعلم . فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثانى فقال قوم هى للاول وقال قوم هى للثانى وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعى وابن عبد الحكم. واما ان انكحاها معاً فلا خلاف فى فسخ النكاح فيما اعرف وسبب الخلاف فى اعتبار الدخول اولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى

انه عليه الصلاة والسلام قال : ايما امرأة أنكحها وليان فهى للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها للاول دخل بها الثانى اولم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيها بفوات السلعة فى البيع المكروه وهو ضعيف . واما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ مالم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

(الموضع الرابع فى عضل الاولياء) واتفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها ام لا وكذلك اتفقوا على ان للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب فى ابنته البكر اماغير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ماتقدم وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على ان الدين معتبر فى ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب ان البكر اذا زوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم فى ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام اوممن هو كثير الحلف بالطلاق واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة ام لا وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يجوز نكاح للموالى من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى (ان اكرمكم عند الله اتقاكم) وقال سفيان الثورى واحمد لا تزوج العربية من مولى وقال ابو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشى ولا عربية الا من عربى * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فمنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب فى ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وانه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب ايضاً ان الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر اعنى اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك ابو حنيفة . واما الحرية فلم يختلف المذهب انها من

الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا عتقت . واما مهر المثل فان مالكا والشافعى يريان انه ليس من الكفاءة وان للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل اعنى البكر وان الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال ابو حنيفة مهر المثل من الكفاءة * وسبب اختلافهم اما فى الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً ام لا . واما فى الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية فى مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع فى سائر تصرفاتها المالية ام ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها فى التصرف فى النكاح والصداق والصداق من اسبابه وقد كان هذا القول اخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة وهى هل يجوز للولى ان ينكح وليته من نفسه ام لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعى قياساً على الحاكم والشاهد اعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه واجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة فى ذلك الا ماروى من انه عليه الصلاة والسلام . تزوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وماثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعى فى أنكحة النبى عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله فى الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثانى فى الشهادة ﴾

واتفق ابو حنيفة والشافعى ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هى شرط تمام يؤمر به عند الدخول او شرط صحة يؤمر به عند العقد واتفقوا على انه لا يجوز نكاح السر واختلفوا اذا اشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ وقال ابو حنيفة والشافعى ليس بسر * وسبب اختلافهم هل الشهادة فى ذلك حكم شرعى ام انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فمن قال حكم شرعى قال هى شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والاصل فى هذا ماروى عن ابن عباس : لا نكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا فى باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدارقطنى وذكر ان فى سنده مجاهيل وابو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعى يرى ان الشهادة تتضمن المعنيين اعنى

الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان * وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر ام لا والاصل فى اشتراط الاعلان قول النبى عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح و اضربوا عليه بالدفوف خرجه ابو داود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن على روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح .

﴿ الفصل الثالث فى الصداق ﴾

والنظر فى الصداق فى ستة مواضع ، الاول فى حكمه واركانه ، الموضع الثانى فى تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث فى تشطيره ، الموضع الرابع فى التفويض وحكمه ، الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة وحكمها ، الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق .

(الموضع الاول) وهذا الموضع فيه اربع مسائل ، الاولى فى حكمه ، الثانية فى قدره ، الثالثة فى جنسه ووصفه ، الرابعة فى تأجيله .

(المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وانه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فانكحوهن باذن اهلهن وآتوهن اجورهن) .

(المسئلة الثانية) واما قدره فانهم اتفقوا على انه ليس لاكثره حد * واختلفوا فى اقله فقال الشافعى واحمد واسحق وابو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ماجاز ان يكون ثمناً وقيمة لشئ جاز ان يكون صداقا وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد اقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور فى ذلك مذهبان ، احدهما مذهب مالك واصحابه ، والثانى مذهب ابى حنيفة واصحابه . فأما مالك فقال اقله ربع دينار من الذهب او ثلاثة دراهم كيلا من فضة او ماساوى الدراهم الثلاثة اعنى دراهم الكيل فقط فى المشهور وقيل او ما يساوى احدهما وقال ابو حنيفة عشرة دراهم اقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم فى التقدير سببان احدهما تردده بين ان يكون عوضاً من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان او بالكثير كالحال فى البيوعات وبين ان يكون عبادة فيكون موقتاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض

ومن جهة انه لايجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لايقتضى التحديد . اما القياس الذى يقتضى التحديد فهو كما قلنا انه عبادة والعبادات موقتة . واما الاثر الذى يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدى المتفق على صحته وفيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسى لك فقامت قياماً طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل معك من شئ تصدقها اياه فقال ماعندى الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيأ فقال لا اجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام: التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انكحتكها بما معك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لاقدر لأقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع ان القياس الذى اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، احداهما ان الصداق عبادة ، والثانية ان العبادة موقتة وفى كليهما نزاع للخصم و ذلك انه قد يلفى فى الشرع من العبادات ماليست موقتة بل الواجب فيها هو اقل ما ينطلق عليه الاسم وايضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال ان يكون ذلك الاثر خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد انكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء فى بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر انه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا اصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئاً اقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذى استعملوه فى ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدراً أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هى مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع غير الوطء وايضا فان القطع استباحة على جهة العقوبة و الاذى و نقص خلقة و هذا استباحة على جهة اللذة و المودة و من شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذى به تشابه الفرع و الاصل شيئا واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم فى هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ وهذا

النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس فى اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو فى غاية الضعف وانما استعملوه فى تعيين قدر التحديد . واما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو اقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار او ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده ايضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند اهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء ايضا لم يلق جابراً ولذلك لايمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) اما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضاً واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق امته صداقها * اما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة اقوال ، قول بالاجازة ، قول بالمنع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من اصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا فى العبد فان ابا حنيفة اجازه * وسبب اختلافهم سببان ، احدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ام الامر بالعكس فمن قال هو لازم اجازه لقوله تعالى (انى أريد أن أنكحك احدى ابنتىّ هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج) الآية ومن قال ليس بلازم قال لايجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر . واما كون العتق صداقا فانه

منعه فقهاء الامصار ماعدا داود واحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول اعنى ماثبت من انه عليه الصلاة والسلام : اعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصاً به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه فى هذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشئ بوجه آخر لانها اذا اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعى انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه راى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لايعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان افعاله لازمة لنا الا ماقام الدليل على خصوصيته * واما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف اعنى المنضبط جنسه وقدره بالوصف واختلفوا فى العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول انكحتكها على عبد اوخادم من غير ان يصف ذلك وصفاً يضبط قيمته فقال مالك وابو حنيفة يجوز وقال الشافعى لايجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال ابو حنيفة يجبر على القيمة * وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح فى ذلك مجرى البيع من القصد فى التشاح اوليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه اكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى فى التشاح مجرى البيع قال كما لايجوز البيع على شئ غير موصوف كذلك لايجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز . واما التأجيل فان قوما لم يجيزوه اصلا وقوم اجازوه واستحبوا أن يقدم شيأ منه اذا اراد الدخول وهو مذهب مالك والذين اجازوا التأجيل منهم من لم يجزه الالزمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من اجازه لموت اوفراق وهو مذهب الاوزاعى * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع فى التأجيل اولا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التأجيل لموت اوفراق ومن قال لايشبهه اجاز ذلك ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

(الموضع الثانى فى النظر فى التقرر) واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول اوالموت . اما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) الآية * واما وجوبه بالموت فلا اعلم الآن فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ام ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذى يعنون بارخاء الستور

فقال مالك والشافعى وداود لايجب بارخاء الستور الانصف المهر مالم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الاان يكون محرماً اومريضاً اوصائما فى رمضان او كانت المرأة حائضا وقال ابن ابى ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط فى ذلك شيئاً * وسبب اختلافهم فى ذلك معارضة حكم الصحابة فى ذلك لظاهر الكتاب وذلك انه نص تبارك وتعالى فى المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شئ فى قوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض) ونص فى المطلقة قبل المسيس ان لها نصف الصداق فقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) وهذا نص كما ترى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين اعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجاباً ظاهراً ان الصداق لايجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على اصله فى اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك فى العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً فى ايجاب الصداق . واما الاحكام الواردة فى ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق بابا او أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم فى ذلك فيما حكوا و اختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اختلفا فى المسيس اعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعى هى المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك ان القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها فى المذهب ثلاثة اقوال وقال الشافعى واهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر فى وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو اقوى شبهة فى الاكثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان اقوى شبهة و هذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل او غير معلل و كذلك القول فى وجوب البينة على المدعى وسيأتى هذا فى مكانه .

(الموضع الثالث فى التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى (فنصف مافرضتم) الآية، والنظر فى التشطير فى اصول ثلاثة فى محله من الانكحة وفى موجبه من انواع الطلاق اعنى الواقع قبل الدخول وفى حكم مايعرض له من التغييرات قبل الطلاق. اما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح

الصحيح اعنى ان يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول فى النكاح الصحيح . واما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان. واما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب فى الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق او النفقة مع عسره ولا فرق بينه و بين القيام بالعيب. واما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد او الصداق وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار اصلا . واما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار اوكان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة اوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب اهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب ان يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها اوسببه وان ما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه * وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى ام ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها واخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شئ لانها اسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه او سببها .فاما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلو ان يكون من قبلها اومن الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من اربعة أوجه اما ان يكون تلفاً للكل واما ان يكون نقصاً واما ان يكون زيادة واما ان يكون زيادة ونقصانا معاً وما كان من قبلها فلا يخلو ان يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة اويكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها اوفيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول او الموت ملكا مستقراً اولا تملكه فمن قال انها لا تملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان مالم تتعد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً و التشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك اوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف * واختلفوا اذا اشترت به

ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال ابو حنيفة والشافعى يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب ان يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر اعنى اذا طلقت قبل الدخول وللسيد فى امته فقال مالك ذلك له وقال ابو حنيفة والشافعى ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (الا ان يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) وذلك فى لفظة يعفو فانها تقال فى كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفى قوله الذى بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولىّ أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولىّ جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولى ان يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه ان يكون هذان الاحتمالان اللذان فى الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائداً فى الآية اى شرعا زائداً لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولى اما الاب واما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه ان يأتى بدليل يبين به ان الآية اظهر فى الولى منها فى الزوج وذلك شئ يعسر والجمهور على ان المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها ان تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز ان تهب مصيراً لعموم قوله تعالى (الا ان يعفون) واختلفوا من هذا الباب فى المرأة اذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشئ وقال الشافعى يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو فى عين الصداق أو فى ذمة المرأة فمن قال فى عين الصداق قال لا يرجع عليها بشئ لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو فى ذمة المرأة قال يرجع وان وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق ابو حنيفة فى هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شئ كانه رأى ان الحق فى العين مالم تقبض فاذا قبضت صار فى الذمة .

(الموضع الرابع فى التفويض) واجمعوا على ان نكاح التفويض جائز وهو ان يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك فى موضعين ، احدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا فى القدر ، والموضع الثانى اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا ،

(فاما المسئلة الاولى) وهى اذا قامت المرأة تطلب ان يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج فى ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شئ لان اصل الفرض لم يكن فى عقدة النكاح وهو قول ابى حنيفة واصحابه . وقال مالك واصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما ان يفرض ماتطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها * وسبب اختلافهم اعنى بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم فى فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف فى ذلك وايضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أو لا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه فى كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) ولا خلاف اعلمه فى انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شئ وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول فى نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل فى نكاح التفويض ان يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق فى نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب ان يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر فى المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(واما المسئلة الثانية) وهى اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا واصحابه والاوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال ابو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال احمد وداود وعن الشافعى القولان جميعا الا ان المنصور عند اصحابه هو مثل قول مالك * وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر اما الأثر فهو ماروى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال اقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى ارى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعى فقال اشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى جروع بنت واشق خرجه أبو داود والنسائى والترمذى وصححه . واما القياس المعارض لهذا فهو ان الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى

فى هذه المسئلة ان ثبت حديث جروع فلا حجة فى قول احد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله اعلم .

﴿ الموضع الخامس فى الاصدقة الفاسدة ﴾

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل او عذر فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير ومالا يجوز ان يتملك والذى يفسد من قبل العذر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة

(المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خمرا او خنزيرا او ثمرة لم يبد صلاحها او بعيراً شاردا فقال ابو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح فى ذلك حكم البيع ام ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل ان ذكر الصداق ليس شرطاً فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذى تقتضيه اصول مالك ان يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست اذكر الآن فيه نصاً .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل ان تدفع اليه عبدا ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال ابو ثور واجازه اشهب وهو قول ابى حنيفة وفرق عبدالله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بأمر لا يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح فى ذلك شبيه بالبيع ام ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز فى النكاح من الجهل مالا يجوز فى البيع قال يجوز.

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه فى صداقها حباء يحبى به الاب على ثلاثة اقوال، فقال ابو حنيفة واصحابه الشرط لازم والصداق صحيح، وقال الشافعى المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح فى ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع

السلمة ويشترط لنفسه حباء قال لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز . واما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبدالعزيز والثورى وابى عبيد وخرج النسائى وابوداود وعبدالرزاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه واحق ما اكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص فى قول مالك وقال ابو عمر بن عبدالبر اذا روته الثقات وجب العمل به .

(المسئلة الرابعة) واختلفوا فى الصداق يستحق اويوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة اوبالمثل اوبمهر المثل واختلف فى ذلك قول الشافعى فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب فى ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال ابوالحسن اللخمى ولوقيل يرجع بالاقل من القيمة اوصداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح فى ذلك البيع اولا يشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لاينفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا فى الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا فى الواجب فى ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب مااشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعى وبه قال ابونور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول ان لم يكن لها الا المتعة وقال ابوحنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها مالم يكن اكثر من الالفين أواقل من الالف ويتخرج فى هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان القدر ولست أذكر الآن نصافيها فى المذهب فهذه مشهور مسائلهم فى هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به فى هذه المواضع وماشبهها فقال مالك يعتبر فى جمالها ونصابها ومالها وقال الشافعى يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال ابو حنيفة يعتبر فى ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة فى المنصب فقط أوفى المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

(الموضع السادس فى اختلاف الزوجين فى الصداق) واختلافهم لايخلو ان يكون فى القبض اوفى القدر اوفى الجنس اوفى الوقت اعنى وقت الوجوب . فاما اذا اختلفا فى القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة ماإذا حلفا جميعاً ومن اتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال ابونور وابن ابى ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيمازاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهومذهب الشافعى والثورى وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل اكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل اوغير معلل فمن قال معلل قال يحلف ابداً اقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقرله بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدراً زائداً فهو مدعى عليه وقيل ايضا يتحالفان ابداً لان كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف فى ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيمازاد على مهر المثل رأى انهما لا يستويان ابداً فى الدعوى بل يكون احدهما ولابد اقوى شبهة وذلك انه لايخلو دعواها من ان يكون فيمايعادل صداق مثلها فمادونه فيكون القول قولها اويكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعى فى التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع فى ذلك ام ليس يشبهه فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لايشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لايجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شئ ولا أن يرجع احدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . واما اذا اختلفا فى القبض فقالت الزوجة لم اقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعى والثورى واحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله

بعد الدخول وقال بعض اصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم ان لايدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابدا احسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له اذا دخل بها الزوج واختلف اصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين اوبغير يمين وبيمين احسن واما اذا اختلفا فى جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هى زوجتك على هذا الثوب فالمشهور فى المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن اكثر مما ادعت اواقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولهما اولم يشبه فان لم يشبه قول الزوج فان كان قولها مشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولها مشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعى فى هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم فى القدر اعنى يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل * وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ فى البيع ستعرف اصله فى كتاب البيوع انشاء الله . واما اختلافهم فى الوقت فانه يتصور فى الكالئ والذى يجئ على اصل قول مالك فيه فى المشهور عنه ان القول فى الاجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول اوبعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لايجب الابعد الدخول قياسا على البيع اذلايجب الثمن على المشترى الابعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط فى الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

﴿ الركن الثالث فى معرفة محل العقد ﴾

وكل امرأة فانها تحل فى الشرع بوجهين اما بنكاح او بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد، والثانى مانع الجمع ، والثالث مانع الرق، والرابع مانع الكفر ، والخامس مانع الاحرام ، والسادس مانع المرض ، والسابع مانع العدة على اختلاف فى عدم

تأبيده، والثامن مانع التطليق ثلاثاً للمطلق ، والتاسع مانع الزوجية ، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب اربعة عشر فصلا .

﴿ الفصل الاول فى مانع النسب ﴾

واتفقوا على ان النساء اللائى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات فى القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا على ان الام ههنا اسم لكل انثى لها عليك ولادة من جهة الام أومن جهة الاب والبنت اسم لكل انثى لك عليها ولادة من قبل الابن اومن قبل البنت اومباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل انثى شاركتك فى احد اصليك اومجموعهما اعنى الاب اوالام اوكليهما والعمة اسم لكل انثى هى اخت لابيك اولكل ذكر له عليك ولادة . واما الخالة فهو اسم لاخت امك اواخت كل انثى لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل انثى لاخيك عليها ولادة من قبل امها اومن قبل ابيها او مباشرة وبنات الاخت اسم لكل انثى لاختك عليها ولادة مباشرة او من قبل امها اومن قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولاخلاف اعلمه فى هذه الجملة والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية واجمعوا على ان النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين .

﴿ الفصل الثانى فى المصاهرة ﴾

واما المحرمات بالمصاهرة فانهن اربع زوجات الآباء والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا مانكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل فى ذلك ايضا قوله تعالى (وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم) وامهات النساء ايضا والاصل فى ذلك قوله تعالى (وامهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والابناء وواحدة بالدخول وهى ابنة الزوجة واختلفوا منها فى موضعين ، احدهما هل من شرطها ان تكون فى حجر الزوج ، والثانية هل تحرم بالمباشرة للام للذة أوبالوطء . واما ام الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أوبالعقد على البنت فقط

واختلفوا ايضا من هذا الباب فى مسئلة رابعة وهى هل يوجب الزنا من هذا التحريم مايوجبه النكاح الصحيح اوالنكاح بشبهة فهنا اربع مسائل .

(المسئلة الاولى) وهى هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون فى حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتى فى حجوركم) وصف له تأثير فى الحرمة اوليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرطا فى الربائب اذلا فرق فى ذلك بين التى فى حجره او التى ليست فى حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لاتحرم الا اذا كانت فى حجره .

(المسئلة الثانية) واما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط اوبالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أولغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وابو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو احد قولى الشافعى وقال داود والمزنى لايحرمها الا الوطء . وهو احد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه ابو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن ابى ليلى والشافعى فى احد قوليه فلم يوجب فى النظر شيأ وأوجب فى اللمس * ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) الوطء او التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا .

(المسئلة الثالثة) واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها اولم يدخل وذهب قوم الى ان الام لاتحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت اعنى انها لاتحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) يعود الى اقرب مذكور وهم الربائب فقط او الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتى دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ماروى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى

عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها اولم يدخل فلاتحل له امها

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء مايوجب الوطء فى نكاح صحيح اوشبهه اعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لايحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح ابى الزانى لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا مايحرم النكاح واما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافى الموطا وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح اعنى فى دلالته على المعنى الشرعى واللغوى فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى (ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضاً ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لايلحق بالزنا ، واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح * و اختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك اليمين كما اختلفوا فى النكاح .

﴿ الفصل الثالث فى مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب اعنى ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احداها فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدى اولا يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة ام لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق اولا يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن اعنى الزوج من المرضع منزلة اب وهو الذى يسمونه ابن الفحل ام ليس ينزل منه بمنزلة أب والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة .

(المسئلة الاولى) اما مقدار المحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن على وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم اى قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثورى والاوزاعى وقالت طائفة بتحديد

القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فمافوقها وبه قال ابو عبيد وابو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعى وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب فى اختلافهم فى هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة فى التحديد ومعارضة الاحاديث فى ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وامهاتكم اللاتى ارضعنكم) الآية وهذا يقتضى ماينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة فى ذلك راجعة الى حديثين فى المعنى احدهما حديث عائشة ومافى معناه انه قال عليه الصلاة والصلام: لاتحرم المصة ولا المصتان او الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق ام الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثانى حديث سهلة فى سالم انه قال لها النبى صلى الله عليه وسلم: ارضعيه خمس رضعات وحديث عائشة فى هذا المعنى ايضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب فى قوله عليه السلام : لاتحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب فى حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هى التى تحرم وذلك ان دليل الخطاب فى قوله: لاتحرم المصة ولا المصتان يقتضى ان مافوقها يحرم ودليل الخطاب فى قوله : ارضعيه خمس رضعات يقتضى ان مادونها لايحرم والنظر فى ترجيح احد دليلى الخطاب

(المسئلة الثانية) واتفقوا على ان الرضاع يحرم فى الحولين و اختلفوا فى رضاع الكبير فقال مالك وابو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء لايحرم رضاع الكبير وذهب داود واهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وابى هريرة وابن عباس وسائر ازواج النبى عليه السلام* وسبب اختلافهم تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى ذلك حديثان، احدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثانى حديث عائشة خرجه البخارى و مسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب فى وجهه فقلت يارسول الله انه اخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لايحرم اللبن الذى لايقوم للمرضع مقام الغذاء الا ان حديث سالم نازلة فى

عين وكان سائر ازواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم ارضعته امرأة فقال مالك لايحرم ذلك الرضاع . وقال ابو حنيفة والشافعى تثبت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون فى سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم فى بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعى للاطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع اوافتقار المرضع نفسه وهو الذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع فى مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام اولم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم فى الزيادة اليسيرة على العامين وفى قول الشهر عنه وفى قول عنه الى ثلاثة اشهر وقال ابو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدت يرضعن اولادهن حولين كاملين) يوهم أن مازاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : انما الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومه ان مادام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) واماهل يحرم الوجور واللدود وبالجملة مايصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لايحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف اووصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لايحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) واماهل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا فى ذلك ايضاً فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن فى ماء اوغيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال ابو حنيفة واصحابه . وقال الشافعى وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لوانفرد اللبن اوكان مختلطاً

لم تذهب عنه * وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره ام لا يبقى به حكمها كالحال فى النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر فى ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شئ طاهر .

(المسئلة السادسة) واما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق اولا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم فى السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم فى ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء اولا يصل .

(المسئلة السابعة) واما هل يصير الرجل الذى له اللبن اعنى زوج المرأة ابا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما مايحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهى التى يسمونها ابن الفحل فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعى واحمد والاوزاعى والثورى ابن الفحل يحرم وقالت طائفة لايحرم ابن الفحل وبالاول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور اعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء افلح اخو ابى القعيس يستأذن علىّ بعد أن نزل الحجاب فابيت ان آذن له وسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يارسول الله انما ارضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى أن مافى هذا الحديث شرع زائد على مافى الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة قال ابن الفحل محرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لايجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه اوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بابن الفحل وهى الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التى يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التى تكون فى عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس: لانترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) واما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لاتقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لاتقبل فيه الا شهادة اربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك

قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين اجازوا ايضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب ابى حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهى رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا تجوز فيه شهادة اقل من اثنين * والسبب فى اختلافهم اما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم فى شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل او يكفى فى ذلك امرأتان وستأتى هذه المسئلة فى كتاب الشهادات ان شاالله تعالى . واما اختلافهم فى قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد فى ذلك للاصل المجمع عليه اعنى انه لايقبل من الرجال أقل من اثنين وان حال النساء فى ذلك اما ان تكون اضعف من حال الرجال واما ان تكون احوالهن فى ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لايقضى بشهادة واحدة والامر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله انى تزوجت امرأة فأتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهى رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ واليائسة من المحيض كان لها زوج او لم يكن حاملا كانت اوغير حامل وشذ بعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غير موجود فضلا عن ان يكون له حكم شرعى وان وجد فليس لبناً الا الا باشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب فى لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها العموم اولا يتناولها ولا لبن للميتة ان وجد لها الا باشتراك الاسم ويكاد ان تكون مسئلة غير واقعة فلا يكون لها وجود الا فى القول.

﴿ الفصل الرابع فى مانع الزنا ﴾

واختلفوا فى زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم * وسبب اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (والزانية لاينكحها الازان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم او مخرج التحريم وهل الاشارة فى قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا او الى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء فى الحديث ان رجلا قال للنبى صلى الله عليه وسلم فى زوجته انها لاترد يد لامس فقال له النبى عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له انى احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضاً ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا

الاصل وبه قال الحسن. واما ازواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها فى كتاب اللعان.

﴿ الفصل الخامس فى مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معاً وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا فى موضعين فى العبيد وفيما فوق الاربع اما العبيد فقال مالك فى المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعاً وبه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة والشافعى لايجوز له الجمع الابين اثنين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير فى اسقاط هذا العدد كما لها تأثير فى اسقاط نصف الحد الواجب على الحر فى الزنا وكذلك فى الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده فى الزنا اعنى ان حده نصف حد الحر واختلفوا فى غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحته عشر نسوة : امسك اربعاً وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع فى الآية المذكورة اعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع).

﴿ الفصل السادس فى مانع الجمع ﴾

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) واختلفوا فى الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء فى آخر الآية وهو قوله تعالى (الاماملكت ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ماتضمنته الآية من التحريم الا ماوقع الاجماع على انه لاتأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل ان لايعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولاسيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة او بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع فى ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعى وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه

الصلاة والسلام : لايجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمة ههنا هى كل انثى هى اخت لذكر له عليك ولادة امابنفسه وامابواسطة ذكر آخر وان الخالة هى كل انثى هى اخت لكل انثى لها عليك ولادة امابنفسها وامابتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص اريد به الخاص ام هو من باب الخاص اريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص اريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص اريد به الخصوص فقط وان التحريم لايتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة اوغير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم اوعمة ولا بين ابنتى خال أوخالة ولا بين المرأة وبنت عمها اوبنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة اعنى لوكان احدهما ذكراً والآخر انثى لم يجز لهما ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط فى هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً اعنى اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر انثى فلم يجز لهما ان يتناكحا فهؤلاء لايحل الجمع بينهما . واما ان جعل فى احد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال فى الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبى وهذا القانون هو الذى اختاره اصحاب مالك واولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

﴿ الفصل السابع فى موانع الرق ﴾

واتفقوا على انه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة ان تنكح العبد اذا رضيت بذلك هى واولياؤها واختلفوا فى نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لايجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب ابى حنيفة والشافعى * والسبب فى اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح) الآية لعموم قوله (وانكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضى انه لايحل نكاح الامة الابشرطين ، احدهما عدم الطول الى الحرة ، والثانى خوف العنت وقوله تعالى (وانكحوا الايامى منكم) يقتضى بعمومه انكاحهن من حر اوعبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفاً للعنت اوغير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ههنا

والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو ايضاً محمول على الندب عند الجمهور مع مافى ذلك من ارقاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب فى فرعين مشهورين اعنى الذين لم يجيزوا النكاح الا بالشرطين المنصـوص عليهما ، احدهما اذا كانت تحته حرة هل هى طول أو ليست بطول فقال ابو حنيفة هى طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك فى ذلك القولان ، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح اكثر من أمة واحدة ثلاث اواربع اوثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا اومتأهلا لانه قد لاتكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لايقدر على حرة تمنعه من العنت فله ان ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة فى خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح امة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان الخوف على العزب اكثر قال لاينكح أكثر من امة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح اكثر من امة واحدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتبـاره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار فى البقاء معه او فى فسخ النكاح اختلف فى ذلك قول مالك واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة ام لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لايفارقها اعنى اصحاب مالك واتفقوا من هذا الباب على انه لايجوزان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

﴿ الفصل الثامن فى مانع الكفر ﴾

واتفقوا على انه لايجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحها بالملك على انه يجوزان ينكح الكتابية الحرة الا ماروى فى ذلك عن ابن عمر واختلفوا فى احلال الكتابية الامة بالنكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين * والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وهن المسبيات وظاهر هذا يقتضى العموم

سواء كانت مشركة اوكتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة اوطاس اذ استأذنوه فى العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم اعنى ان قوله تعالى (والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب) هو خصوص وقوله (ولاتنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانما اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم فى ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها وباقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى ان العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس اولم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا ايضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم المؤمنات) يوجب ان لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين اصله المسلمات والطائفة الثانية ان ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (الا ماملكت ايمانكم) ولاجماعهم على ان السبى يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا فى المتزوجة هل يهدم السبى نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا اعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبى احدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال ابو حنيفة وقال قوم بل السبى يهدم سبيا معاً اوسبى احدهما قبل الآخر وبه قال الشافعى وعن مالك قولان احدهما ان السبى لايهدم النكاح اصلا والثانى انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعى * والسبب فى اختلافهم هل يهدم اولا يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين اهل العهد وبين الكافرة التى لازوج لها اوالمستأجرة من كافر واما تفريق ابى حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبى احدهمـا فلان المؤثر عنده فى الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر فى الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية اومع عدم الزوجية والاشبه ان لايكون للزوجية ههنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال واما تشبيهها

بالذمية فبعيد لان الذمى انما اعطى الجزية بشرط ان يقر على دينه فضلا عن نكاحه.

الفصل التاسع فى مانع الاحرام

واختلفوا فى نكاح المحرم فقال مالك والشافعى والليث والاوزاعى واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو حنيفة لا بأس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب فمنها حديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه اهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق ابى رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس او جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بان حمل النهى الوارد فى ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع او تغليب القول .

الفصل العاشر فى مانع المرض

واختلفوا فى نكاح المريض فقال ابو حنيفة والشافعى يجوز وقال مالك فى المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على اضرار الورثة بادخال وارث زائد اولا يتهم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصالحى لا يجوز عند اكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا فى جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما فى الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف ايضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس او

ينصر فو العدم السنن التى فى ذلك الجنس الى الظلم فلنفوض امثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من اهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما فى اشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد فى ذلك حد مؤقت صناعى وهذا كثيراً ما يعرض فى صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

الفصل الحادى عشر فى مانع العدة

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز فى العدة كانت عدة حيض او عدة حمل او عدة اشهر . واختلفوا فى من تزوج امرأة فى عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبدا . وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس فى تزويجه اياها مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك ان مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين زوجها راشد الثقفى لما تزوجها فى العدة من زوج ثان وقال ايما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان ابدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف فى اصله وهو انه ادخل فى النسب شبهة فأشبه الملاعن وروى عن على وابن مسعود مخالفة عمر فى هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفى بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر فى بيت المال فلما بلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثورى عن اشعث عن الشعبى عن مسروق. واما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف واجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم. واختلفوا اذ وطئ هل يعتق عليه الولد اولا يعتق والجمهور على انه لا يعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر فى خلقته او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبى عليه الصلاة

والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه فى سمعه وبصره . واما النظر فى مانع التطليق ثلاثا فسيأتى فى كتاب الطلاق .

الفصل الثانى عشر فى مانع الزوجية

واما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا فى المسبية على ما تقدم واختلفوا ايضا فى الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروى عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وابى بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ماملكت ايمانكم) وذلك ان قوله تعالى (الا ماملكت ايمانكم) يقتضى المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن ابى شيبة عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من اجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ماملكت ايمانكم) وهذه المسئلة هى أليق بكتاب الطلاق فهذه هى جملة الاشياء المصححة للانكحة فى الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط فى العقد . واما الانكحة التى انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على ان الاسلام اذا كان منهما معا اعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها فى الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا فى موضعين ، احدهما اذا انعقد النكاح على اكثر من اربع او على من لا يجوز الجمع بينهما فى الاسلام ، والموضع الثانى اذا اسلم أحدهما قبل الآخر .

(فاما المسئلة الاولى) وهى اذا أسلم الكافر وعنده اكثر من اربع نسوة اوأسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة ايتهما شاء وبه قال الشافعى واحمد وداود وقال ابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى يختار الاوائل منهن فى العقد فان تزوجهن فى عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من اصحاب مالك اذا أسلم وعنده اختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح ايتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من اصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ورد فى ذلك اثران ، احدهما

مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفى اسلم وعنده عشر نسوة اسلمن معه فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن اربعا ، والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث انه اسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اختر ايتهما شئت واما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام اعنى انه كما ان العقد عليهن فاسد فى الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

واما اذا اسلم احدهما قبل الآخر وهى المسئلة الثانية ثم اسلم الآخر فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابو حنيفة والشافعى انه اذا اسلمت المرأة قبله فانه ان اسلم فى عدتها كان احق بها وان اسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد فى ذلك من حديث صفوان بن امية وذلك ان زوجه عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة اسلمت قبله ثم اسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها الا ان يقدم زوجها مهاجراً قبل ان تنقضى عدتها . واما اذا اسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعى سواء اسلم الرجل قبل المرأة او المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر فى العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك ان عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضى المفارقة على الفور . واما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من ان اباسفيان بن حرب اسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما . واما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر انه لا فرق بين أن تسلم هى قبله اوهو قبلها فان كانت العدة معتبرة فى اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر فى اسلامه ايضاً قبل .

الباب الثالث فى موجبات الخيار فى النكاح

وموجبات الخيار اربعة ، العيوب ، والاعسار بالصداق اوبالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد اعنى فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد فى هذا الباب اربعة فصول ،

﴿ الفصل الاول فى خيار العيوب ﴾

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك فى موضعين، احدهما هل يرد بالعيوب اولا يرد ، والموضع الثانى اذا قلنا انه يرد فمن ايها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الاول فان مالكا والشافعى واصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار فى الرد اوالامساك وقال اهل الظاهر لاتوجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبدالعزيز * وسبب اختلافهم شيئان، احدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد فى ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : ايما رجل تزوج امرأة وبها جنون اوجذام اوبرص وفى بعض الروايات اوقرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . واماالقياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيب فى النكاح قالوا النكاح فى ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على انه لايرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، واما الموضع اثانى فى الرد بالعيوب فانهم اختلفوا فى اى العيوب يرد بها وفى ايها لايرد وفى حكم الرد فاتفق مالك والشافعى على أن الرد يكون من اربعة عيوب، الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداءالفرج الذى يمنع الوطء اما قرن اورتق فى المرأة اوعنة فى الرجل او خصاء واختلف اصحاب مالك فى اربع فى السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لاترد وقال ابو حنيفة واصحابه والثورى لاترد المرأة فى النكاح الابعيبين فقط القرن . والرتق فاما احكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولاشئ عليه واختلفوا ان علم بعدالدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذى زوجها ممن يظن به لقربه منها انه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهوغار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشئ وان كان بعيداًرجع الزوج على المرأة بالصداق كله الاربع دينار فقط وقال الشافعى ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولاعلى ولى * وسبب اختلافهم ترددتشبيه النكاح بالبيع او بالنكاح الفاسد الذى وقع فيه المسيس اعنى اتفاقهم على وجوب المهر فى الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام ايماامرأة نكحت بغيراذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهربما استحل منها فكان موضع الخلاف ترددهذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب فى البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة اعنى بعدالدخول واتفق الذين قالوا بفسخ

نكاح العنين انه لايفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف اصحاب مالك فى العلة التى من اجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك ممايخفى ومحمل سائر العيوب على انها ممالا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الأبناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم انه مماخفى على الزوج

﴿ الفصل الثانى فى خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا فى الاعسار بالصداق فكان الشافعى يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف اصحابه فى قدر التلوم له فقيل ليس له فى ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابو حنيفة هوغريم من الغرماء لايفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح فى ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة فى ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالايلاء والعنة . واماالاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعى واحمد وابو ثور وابو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروى . عن ابى هريرة وسعيد بن المسيب وقال ابو حنيفة والثورى لايفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة فى مقابلة الاستمتاع بدليل ان الناشز لانفقة لها عندالجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . واما من لايرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلاتنحل الابإجماع او بدليل من كتاب الله أوسنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

﴿ الفصل الثالث فى خيار الفقد ﴾

واختلفوا فى المفقود الذى تجهل حياته اوموته فى ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع امرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته اوموته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال واماماله فلايورث حتى يأتى عليه من الزمان مايعلم ان المفقود لايعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهودون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى لاتحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود * والسبب فى اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك ان

استصحاب الحال يوجب ان لاتنحل عصمة الا بموت اوطلاق حتى يدل الدليل على غيرذلك . واماالقياس فهوتشبيه الضررالاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لهـا الخيار كما يكون فى هذين والمفقودون عند المحصـلين من اصحاب مالك أربعة مفقود فى ارض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود فى أرض الحرب ومفقود فى حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود فى حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن اصحابه فى الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود فى بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لاتتزوج امرأته ولايقسم ماله حتى يصح موته ماخلا اشهب فانه حكم له بحكم المفقود فى ارض المسـلمين . واما المفقود فى حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعدالموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه واقصى الاجل فى ذلك سنة . وامالمفقود فى حروب الكفار ففيه فى المذهب اربعة اقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لايخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود فى بلادالمسلمين. والرابع حكمه حكم المقتول فى زوجته وحكم المفقود فى ارض المسلمين فى ماله اعنى يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح فى الشرع وهوالذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف اعنى بين القائلين بالقياس .

﴿ الفصل الرابع فى خيار العتق ﴾

واتفقوا على ان الامة اذا عتقت تحت عبد ان لهـا الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى واهل المدينة والاوزاعى واحمد والليث لاخيار لها وقال ابوحنيفة والثورى لها الخيار حراً كان اوعبداً * وسبب اختلافهم تعارض النقل فى حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان فى انكاحها باطلاق اذا كانت أمة اوالجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . واما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة ان زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند اصحاب الحديث واختلفوا ايضـاً فى الوقت الذى

يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار مالم يمسها وقال ابوحنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت ان المسيس يسقط خيارها.

(الباب الرابع فى حقوق الزوجية)

واتفقوا على ان من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسـوتهن بالمعروف) الآية ولمـا ثبت من قوله عليه الصـلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف و لقوله لهند : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى اربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها او يدعى الى الدخول بها وهى ممن توطأ وهو بالغ وقال ابوحنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هى بالغاً واما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعى قولان ، احدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق * وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع او لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . واما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وان ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال ابوحنيفة وذهب الشافعى الى انها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المعسر مد * وسـبب اختلافهم تردد حمل النفقة فى هذا الباب على الاطعـام فى الكفارة اوعلى الكسـوة وذلك انهم اتفقوا ان الكسـوة غير محدودة وان الاطعـام محدود واختلفوا من هذا الباب فى هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على ان على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لاتخدم نفسها وقيل بل على الزوجة خـدمة البيت واختلف الذين اوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لايخدمها الا خادمان وبه قال مالك وابو ثور ولست اعرف دليلا شرعياً لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقوا على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد فى وجوبه للمطلقة الرجعية . واما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحرة الغير ناشز واختلفوا فى الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لاتجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة. وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك ان عموم قوله

عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى ان الناشز وغير الناشز فى ذلك سواء والمفهوم من ان النفقة هى فى مقابلة الاستمتاع يوجب ان لا نفقة للناشز. واما الامة فاختلف فيها اصحاب مالك اختلافا كثيراً فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل ايضا ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة فى الوقت الذى تأتيه وقيل ان كان الزوج حراً فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى ان لا نفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها او تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة فى اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة ان تأتى زوجها فى كل اربعة ايام. واما على من تجب فاتفقوا ايضا انها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا فى العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال ابو المصعب من اصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه فى ماله واما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال ابو حنيفة لا تجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا فيمن القول قوله اذا اختلفوا فى الانفاق وسيأتى ذلك فى كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على ان من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين ازواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت انه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد السفر اقرع بينهن واختلفوا فى مقام الزوج عند البكر و الثيب وهل يحتسب به اولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى واصحابهما يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج وقال ابو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت اوثيباً و يحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة اخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث انس لحديث ام سلمة وحديث انس هو ان النبى صلى الله عليه وسلم كان : اذا تزوج البكر اقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثاً وحديث ام سلمة هو ان النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على اهلك هو ان ان شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث ام سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى و مسلم حديث انس حديث بصرى

خرجه ابو داود فصار اهل المدينة الى ما خرجه اهل البصرة وصار اهل الكوفة الى ما خرجه اهل المدينة واختلف اصحاب مالك فى هل مقامه عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا واجب او مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب او على الوجوب. واما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم فى ذلك وذلك ان قوماً اوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم اوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا ان يكون الطفل لا يقبل الا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع اعنى ايجابه او متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع وايجابه وانها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع. واما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة واما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)

(الباب الخامس فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها)

والانكحة التى ورد النهى فيها مصرحا اربعة. نكاح الشغار. ونكاح المتعة. والخطبة على خطبة أخيه. ونكاح المحلل. فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه * واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لا يصحح ويفسخ ابداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعى الا انه قال ان سمى لاحداهما صداقا اولهما معاً فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال ابو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث واحمد واسحاق وابو ثور والطبرى * وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض اوغير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر اوعلى خنزير وقد اجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأنّ مالكا رضى الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به اورأى ان النهى انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى.

(واما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت فى الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفى بعضها يوم الفتح وفى بعضها فى غزوة تبوك وفى بعضها فى حجة الوداع وفى بعضها فى عمرة القضاء وفى بعضها عام اوطاس واكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها اصحابه من اهل مكة واهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولاجناح عليكم) وفى حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه انه قال: ماكانت المتعة الارحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها مااضطر الى الزنا الاشقى وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبدالله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس .

(واما اختلافهم فى النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه ثلاثة اقوال ، قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أولا ترد وهو مذهب مالك .

(واما نكاح المحلل) اعنى الذى يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال ابو حنيفة والشافعى هو نكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهى الذى يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هى الانكحة الفاسدة بالنهى . واما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد اما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح اولتغيير حكم واجب بالشرع من احكامه مما هو عن الله عز وجل واما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . واما الزيادات التى تعرض من هذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء فى لزوم الشروط التى بهذه الصفة اولا لزومها مثل ان يشترط عليه ان لايتزوج عليها اولا يتسرى اولا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا ان يكون فى ذلك يمين بعتق اوطلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق اويعتق من اقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول ايضاً وكذلك قال الشافعى وابو حنيفة وقال الاوزاعى وابن شبرمة لها شرطها وعليه

الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن علىّ وقول الاوزاعى مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال فى خطبته كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولوكان مائة شرط. واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : احق الشروط ان يوفى به مااستحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ماوقع فى العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا اعنى فى لزومها اوعدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها مااتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسداً باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم فى ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك فى هذا الجنس وذلك فى الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه ان لافسخ ولكنه يحتاط بمنزلة مايرى فى كثير من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هى الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب فى المذهب فى هذا الباب كثير وكانّ هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فمتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقاً عليه اومختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب فى وقوع الميراث فى الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول اوعدمه وقد نرى ان نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فان ماذكرنا منه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

﴿ كتاب الطلاق ﴾

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى اربع جمل ، الجملة الاولى فى انواع الطلاق ، الجملة الثانية فى اركان الطلاق ، الجملة الثالثة فى الرجعة ، الجملة الرابعة فى احكام المطلقات.

(الجملة الاولى) وفى هذه الجملة خمسة ابواب ، الباب الاول فى معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى فى معرفة الطلاق السنى من البدعى ، الباب الثالث فى الخلع ، الباب الرابع فى تمييز الطلاق من الفسخ ، الباب الخامس فى التخيير والتمليك.

(الباب الاول) واتفقوا على ان الطلاق نوعان بائن ورجعى وان الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وان من شرطه ان يكون فى مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى (يا ايها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك امراً) وللحديث الثابت ايضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم امره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف فى هذا . واما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض فى الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتى بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب البينونة فى طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا فى اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر فى اسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة فى الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففى هذا الباب اذن ثلاث مسائل

(المسئلة الاولى) جمهور فقهاء الامصار على ان الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال اهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ فى ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا ايضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر واحتجوا ايضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس

واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا فى مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بان حديث ابن عباس الواقع فى الصحيحين انما رواه عنه من اصحابه طاوس وان جلة اصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات انه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا * وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم فى طلقة واحدة ام ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط فى صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على اى صفة كان ألزم الطلاق كيفما الزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ فى الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود فى ذلك اعنى فى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك امراً) .

(المسئلة الثانية) واما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة اوامة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه فى ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار فى ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة امة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً اوحراً وممن قال بهذا القول من الصحابة على وابن مسعود ومن فقهاء الامصار ابو حنيفة وغيره وفى المسئلة قول اشذ من هذين وهو ان الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتى وغيره وروى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر فى هذا هو رق المرأة اورق الرجل فمن قال التأثير فى هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير فى هذا للذى يقع عليه الطلاق قال هو حكم من احكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد اجمعوا على ان العدة بالنساء اى نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت فى الصحاح . واما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق .

(المسئلة الثالثة) . واما كون الرق مؤثراً فى نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وابو محمد بن حزم وجماعة من اهل الظاهر مخالفون فيه ويرون ان الحر والعبد فى هذا سواء * وسبب الخلاف معارضة الظاهر فى هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد اجمعوا على كون الرق مؤثراً فى نقصان الحد. واما اهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم ان حكم العبد فى التكاليف حكم الحر الا ما اخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص او ظاهر من الكتاب او السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب ان يبقى العبد على اصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد خصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر. واما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين اغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى ان يقع فى ذلك من الندم والشرع انما سلك فى ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة فى الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما نرى والله اعلم ان من الزم الطلاق الثلاث فى واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة فى هذه السنة المشروعة .

﴿ الباب الثانى ﴾

اجمع العلماء على ان المطلق للسنة فى المدخول بها هو الذى يطلق امرأته فى طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وان المطلق فى الحيض او الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما اجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التى امر الله ان تطلق لها النساء ، واختلفوا من هذا الباب فى ثلاثة مواضع ، الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاقاً فى العدة ، والثانى هل المطلق ثلاثا اعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة ام لا والثالث فى حكم من طلق فى وقت الحيض.

(اما الموضع الاول) فانه اختلف فيه مالك وابو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها ان لا يتبعها فى العدة طلاقا آخر وقال ابو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون فى حال الزوجية بعد

ام ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم فى وقوع الطلاق المتبع .

(واما الموضع الثانى) فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعى الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا فى لفظة واحدة لمفهوم الكتاب فى حكم الطلقة الثالثة والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من ان العجلانى طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . واما مالك فلما رأى ان المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله فى العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر اصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله اعلم اظهر ههنا من قول الشافعى .

(واما الموضع الثالث) فى حكم من طلق فى وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك فى مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك واصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى واحمد والذين اوجبوا الاجبار اختلفوا فى الزمان الذى يقع فيه الاجبار فقال مالك واكثر اصحابه ابن القاسم وغيره يجبر مالم تنقض عدتها وقال اشهب لا يجبر الا فى الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا فى الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء امسكها وبه قال مالك والشافعى وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التى طلقها فيها فان شاء امسك وان شاء طلق وبه قال ابو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط فى طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها فى طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل ، أحدها هل يقع هذا الطلاق ام لا ، والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة ام يؤمر فقط ، والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار او الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

(اما المسئلة الاولى) فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع فى الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون

الابعد طلاق وروى الشافعى عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذى كان يفتى به ابن عمر . واما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل او عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التى اشترطها الشرع فى الطلاق السنى هى شروط صحة واجزاء ام شروط كمال وتمام فمن قال شروط اجزاء قال لا يقع الطلاق الذى عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى ان يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

(واما المسئلة الثانية) وهى هل يجبر على الرجعة اولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ماهو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذى قلناه من كون الطلاق واقعاً قال هذا الامر هو على الندب .

(واما المسئلة الثالثة) وهى متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط فى ذلك ان يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه فى حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى فى ذلك لتصح الرجعة بالوطء فى الطهر الذى بعد الحيض لانه لو طلقها فى الطهر الذى بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها فى طهر لم يطلق فى الحيضة التى قبله وهو احد الشروط المشترطة عند مالك فى طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . واما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ماروى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر فى هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى فى ذلك انه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق فى زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة

(واما المسئلة الرابعة) وهى متى يجبر فانما ذهب مالك الى انه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها واما اشهب فانه انما صار فى هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على ان المراجعة كانت فى الحيضة وايضاً فانه قال انما امر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع الطلاق فى الحيضة لم تعتد بها باجماع فان

قلنا انه يراجعها فى غير الحيضة كان ذلك عليها اطول وعلى هذا التعليل فينبغى ان يجوز ايقاع الطلاق فى الطهر الذى بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم فى علة الامر بالرد .

﴿ الباب الثالث فى الخلع ﴾

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ما اعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقاً لها عليه على مازعم الفقهاء والكلام ينحصر فى اصول هذا النوع من الفراق فى اربعة فصول . فى جوازوقوعه أولا ثم ثانياً فى شروط وقوعه اعنى جواز وقوعه ثم ثالثا فى نوعه اعنى هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام .

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما جواز وقوعه فعليه اكثر العلماء والاصل فى ذلك الكتاب والسنة . اما الكتاب فقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) واما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا اعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن اكره الكفر بعد الدخول فى الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وابوداود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ ابوبكر بن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيأ واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئا) الاية والجمهور على ان معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه اوعلى خصوصه .

﴿ الفصل الثانى ﴾

فاما شروط جوازه فمنها مايرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها مايرجع الى صفة الشئ الذى يجوز به ومنها مايرجع الى الحال التى يجوز فيها ومنها مايرجع الى صفة

من يجوز له الخلع من النساء او من اوليائهن ممن لا تملك امرها ففي هذا الفصل اربع مسائل.

(المسئلة الاولى) اما مقدار ما يجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وباقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ اكثر مما اعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى ان القدر فيه راجع الى الرضا ومن اخذ بظاهر الحديث لم يجز اكثر من ذلك وكانه رآه من باب أخذ المال بغير حق.

(المسئلة الثانية) واما صفة العوض فان الشافعي واباحنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن ابي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم * وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض ام لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل.

(المسئلة الثالثة) واما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على ان الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضراره بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ ابو قلابة والحسن البصري فقالا لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف ان لا يقيما حدود الله على ظاهر الاية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة اقوال. قول انه لا يجوز اصلا وقول انه يجوز على كل حال اي مع الضرر. وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا. وقول مع خوف ان لا يقيما حدود الله. وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور.

(المسئلة الرابعة) واما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان

الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لا تخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله اعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث. واما المهملة التي لا وصي لها ولا اب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان.

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ وبه قال احمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعي انه كناية فان اراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخاً وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات ام لا وجمهور من رأى انه طلاق يجعله بائناً لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال ابو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضي قياساً على فسوخ البيع اعني الاقالة وعند المخالف ان الآية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلحق جميع انواع الطلاق لانه شئ غير الطلاق * فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ ام ليس يخرجها.

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما لواحقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ماشهر . فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق ام لا فقال مالك لايرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعى لايرتدف وان كان الكلام متصلا وقال ابو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى * وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من احكام الطلاق وعند ابى حنيفة من احكام النكاح ولذلك لايجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة اختها فمن رآها من احكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم ير ذلك لم يرتدف. ومنها ان جمهور العلماء اجمعوا على انه لارجعة للزوج على المختلعة فى العدة الا ماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان ردلها ما اخذ منها فى العدة اشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن ابى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق اولايكون . ومنها ان الجمهور اجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها فى عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لايتزوجها هو ولاغيره فى العدة * وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح فى العدة عبادة اوليس بعبادة بل معلل واختلفوا فى عدة المختلعة وسيأتى بعد واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة فى مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعى يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هى مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

﴿ الباب الرابع ﴾

واختلف قول مالك رحمه الله فى الفرق بين الفسخ الذى لايعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث الى قولين ، احدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه اعنى فى جوازه وكان الخلاف مشهوراً فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هى طلاق لافسخ ، والقول الثانى ان الاعتبار فى ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو اراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخاً مثل نكاح المحرمة بالرضاع او النكاح فى العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

﴿ الباب الخامس ﴾

ومما يعد من انواع الطلاق مما يرى ان له احكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير وذلك ان التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له ان يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا ان يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختارى نفسك او اختارى تطليقة او تطلقتين ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا ان تختار زوجها او تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لايبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على احدى الروايتين او يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى ان ترد او تطلق والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان فى التوكيل له ان يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك فى التمليك وقال الشافعى اختارى وامرك بيدك سواء ولايكون ذلك طلاقا ان لم ينوبه وان نواه فهو ما اراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثاً فثلاث فله عنده ان يناكرها فى الطلاق نفسه وفى العدد فى الخيار والتمليك وهى عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هى عند مالك فى التمليك وقال ابو حنيفة واصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها فى التمليك واحدة فهى بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لافرق بينهما وقد قيل القول قولها فى اعداد الطلاق فى التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن على وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة فى التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى و بين امرأتى بعض مايكون بين الناس فقالت لو ان الذى بيدك من امرى بيدى لعلمت كيف اصنع قال فان الذى بيدى من امرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال اراها واحدة وانت احق بها مادامت فى عدتها وسألقى امير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ماجعل الله فى ايديهم فيجعلونه بايدى النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا ارى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التمليك بشىء لان ماجعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز ان يرجع الى يد المرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول ابى محمد بن حزم وقول مالك فى المملكة ان لها الخيار فى الطلاق او البقاء على العصمة مادامت فى المجلس وهو قول الشافعى وابى حنيفة والاوزاعى وجماعة فقهاء

الامصار وعند الشافعى ان التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله ان يرجع فى ذلك متى احب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك او التخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن اهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن انفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد فى الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا امراً من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره . واما مالك فيرى ان قوله لها اختارينى او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع فى معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج فى التمليك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها واما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل فى التخيير وانما اتفقوا على ان له مناكرتها فى العدد اعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعى انه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانما رأى ابو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . واما من رأى ان لها ان تطلق نفسها فى التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها فى ذلك فلان معنى التمليك عنده هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه من اعداد الطلاق . واما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط او التخيير فانما ذهب الى انه اقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة فى جعل الطلاق بأيدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل فى هذه المسئلة الخلاف فى ثلاثة مواضع ، احدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق ، والثانى انه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة اعنى ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك ما دون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة . واما حكم الالفاظ التى تجيب بها

المرأة فى التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى كونها صريحة فى الطلاق او كناية او محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم فى الفاظ الطلاق .

(الجملة الثانية) وفى هذه الجملة ثلاث ابواب ، الباب الاول فى الفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثانى فى تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز ، الباب الثالث فى تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

(الباب الاول) وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول فى انواع الفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثانى فى انواع الفاظ الطلاق المقيدة .

﴿ الفصل الاول ﴾

اجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح او بالنية دون اللفظ او باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من اقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد فى النذر وفى اليمين اوقعه بالنية فقط ومن اعمل التهمة اوقعه باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان الفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفوا فى تفصيل الصريح من الكناية وفى احكامها وما يلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك واصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهى عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى الفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهى المذكورة فى القرآن وقال بعض اهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم فى صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا فى هذا الباب . واما الفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق او هى باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت فى هذا المعنى اعنى فى معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية اعنى اللفظ الذى يكون مجازاً فى دلالته وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها. فأما اختلافهم فى احكام صريح الفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان، احداهما اتفق مالك والشافعى وابو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها.
فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى واباحنيفة قالوا لايقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقاً اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة اوبالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسأله ان يطلقها من وثاق هى فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفقه المسئلة عند الشافعى وابى حنيفة ان الطلاق لايحتاج عندهم الى نية . واما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وابو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية فى الفاظ الطلاق ولايحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى .

(واما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك اكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا ان يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند اصحابه. واما ابو حنيفة فقال لايقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لايتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً * وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ اوبالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية او جب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لايحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ فى الطلاق مع النية قال لايجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط الفاظ الطلاق اعنى اشتراط النية مع اللفظ او بانفراد احدهما فالمشهور عن مالك ان الطلاق لايقع الا باللفظ والنية وبه قال ابو حنيفة وقد روى عنه انه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعى ان لفظ الطلاق الصريح لايحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن امتى الخطأ والنسيان وماحدثت به انفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية فى العمل فى الحديث المتقدم ان تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق فى المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لايقع وهذه المسئلة هى من مسائل احكام صريح الفاظ الطلاق. واما الفاظ الطلاق التى ليست بصريح فمنها ماهى كناية ظاهرة عند مالك ومنها ماهى كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعى

فى الكناية الظاهرة انه لم يرد طلاقاً لم يقبل قوله الا ان تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه فى الصريح وكذلك لايقبل عنده مايدعيه من دون الثلاث فى الكنايات الظاهرة وذلك فى المدخول بها الا ان يكون قال ذلك فى الخلع . واما غير المدخول بها فيصدقه فى الكناية الظاهرة فيمادون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هى مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم انت خلية وبرية . واما مذهب الشافعى فى الكنايات الظاهرة فانه يرجع فى ذلك الى مانواه فان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق فى ذلك وقول ابى حنيفة فى ذلك مثل قول الشافعى الا انه اذا نوى على اصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده فى مذاكرته الطلاق وابو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا اربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئى وتقنعى لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة . واما الفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعى فى الكناية الظاهرة وخالفه فى ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شئ وان نوى طلاقا فيتحصل فى الكنايات الظاهرة ثلاثة اقوال، قول انه يصدق بالطلاق وهو قول الشافعى، وقول انه لايصدق بالطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك، وقول انه يصدق الا ان يكون فى مذاكرة الطلاق وهو قول ابى حنيفة وفى المذهب خلاف فى مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها فى الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهى راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لايقبل قوله فى الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوى والشرعى شاهد عليه وذلك ان هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا ان يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لايقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لاتقع الا خلعا عنده فى المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثا وذلك فى المدخول بها ويتخرج على القول فى المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد ان يصدق فى ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعى انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث فى صريح الفاظ الطلاق كان احرى ان يقبل قوله فى كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا فى الطلاق فليس بصريح فى العدد ومن الحجة للشافعى

حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك وانما صار الشافعى الى ان الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى مادون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار ابو حنيفة الى انه يكون بائنا لان المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده * فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية . ومما اختلف فيه الصدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب اعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم اعنى من قال لزوجه انت علىّ حرام وذلك ان مالكا قال يحمل فى المدخول بها على البت أى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلىّ من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال فى هذه المسئلة ، والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشئ هى كذبة وقال بهذا القول الثورى ، والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة أو ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الاوزاعى ، والقول الرابع انه ينوى فيها فى الموضعين فى ارادة الطلاق وفى عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان اراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى ، والقول الخامس انه ينوى ايضا فى الطلاق وفى العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشئ وهذا القول قاله ابو حنيفة واصحابه ، والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (يا ايها النبى لم تحرم ما أحل الله لك) الآية ، والقول السابع ان تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى (لا تحرموا طيبات ما احل الله لكم) وهو قول مسروق والاجدع وابى سلمة بن ابى عبد الرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها انها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه اصول ما يقع من الاختلاف فى الفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثانى فى الفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين . اما تقييد اشتراط او تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار او بوقوع فعل من الافعال المستقبلة او بخروج شئ مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس اوالى الوجود او بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون اولا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلقه بمشيئة الله او بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله سواء علقه على جهة الشرط مثل ان يقول انت طالق ان شاء الله او على جهة الاستثناء مثل ان يقول انت طالق الا ان يشاء الله فان مالكا قال لا يؤثر الاستثناء فى الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد وقال ابو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق * وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة اولا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة فى الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . واما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف فى مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . و اما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ففيه خلاف فى المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبى والمجنون داخلان فى هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . واما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة اضرب ، احدها ما يمكن ان يقع اولا يقع على السواء كدخول الدار و قدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . واما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعى وابى حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع فى الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحا الى اجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجئ الحيض والطهر ففى ذلك روايتان عن مالك ، احداهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذى يأتى على مذهب ابى حنيفة والشافعى والقول بانجاز الطلاق فى هذا يضعف لانه

مشبه عنده بما يقع ولابد والخلاف فيه قوى. واما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لاسبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم فى بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف اعلمه فى المذهب ان الطلاق يقع فى هذا. واما ان علقه بشئ يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ الى الوجود . واما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق فى الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ. و القياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ اوضده ومن قول مالك انه اذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لايحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا اوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل اكثر من مدة اجل الايلاء ضرب له اجل الايلاء ولكن لايقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى انه على بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لايفوت كان على البر حتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم فى تبعيض المطلقة او تبعيض الطلاق وارداف الطلاق على الطلاق . فاما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك او رجلك اوشعرك طالق طلقت عليه وقال ابو حنيفة لاتطلق الابذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث او الربع وقال داود لاتطلق و كذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنده لايتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع .واما اذا قال لغير المدخول بها انت طالق انت طالق انت طالق نسقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال ابو حنيفة والشافعى يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد اعنى بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لايقع عليها الثانى والثالث ولا خلاف بين المسلمين فى ارتدافه فى الطلاق الرجعى . واما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور فى العدد فقط. فاذا طلق اعدادا من الطلاق فلايخلو من ثلاثة احوال. اما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الاثلاثا اواثنتين الا اثنتين . واما ان يستثنى ماهو اقل واذا استثنى ماهو اقل . فاما ان يستثنى ماهو اقل مما هو اكثر . واما ان يستثنى ماهو اكثر مما هو اقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف اعلمه ان الاستثناء يصح و يسقط المستثنى مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، احدهما ان

الاستثناء لايصح وهو مبنى على من منع ان يستثنى الاكثر من الاقل ، والآخر ان الاستثناء يصح وهو قول مالك . واما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول انت طالق ثلاثا الاثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على انه رجوع منه . واما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلاطلاق عليه كما لو قال انت طالق لاطالق معا فان وقوع الشئ مع ضده مستحيل وشذ ابو محمد بن حزم فقال لايقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لايقع فى وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق فى ذلك الوقت ولادليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق وانما الزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست اذكر فى هذا الوقت احتجاجه فى ذلك .

(الباب الثانى فى المطلق الجائز الطلاق) واتفقوا على انه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا فى طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلفوا هل ترثه ان مات ام لا . فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى واحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن ابى طالب وابن عباس وفرق اصحاب الشافعى بين ان ينوى الطلاق اولا ينوى شيئاً فان نوى الطلاق فعنهم قولان اصحهما لزومه وان لم ينو فقولان اصحهما انه لايلزم وقال ابو حنيفة واصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار ام ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار فى ايقاع الشئ اصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام : رفع عن امتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر ان المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه فى الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان) وانما فرق ابو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله واما طلاق الصبى فان المشهور عن مالك انه لايلزمه حتى يبلغ وقال فى مختصر ما ليس فى المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال احمد بن حنبل اذا هو اطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتى عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه واما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لايقع منهم المزنى وبعض

اصحاب ابى حنيفة * والسبب فى اختلافهم هل حكمه حكم المجنون ام بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقداللعقل ومن شرط التكليف العقل قال لايقع ومن قال الفرق بينهما ان السكران ادخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك الزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام ومالايلزمه فقال ملك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه ابو حنيفة كل شئ وقال الليث كل ماجاء من منطق السكران فموضوع عنه ولايلزمه طلاق ولاعتق ولانكاح ولابيع ولاحد فى قذف وكل ماجنته جوارحه فلازم له فيحد فى الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لايرى طلاق السكران وزعم بعض اهل العلم انه لامخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه ليس نصاً فى الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وابو ثور واسحاق وجماعة من التابعين اعنى ان طلاقه ليس يلزم وعن الشافعى القولان فى ذلك واختار اكثر اصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزنى من اصحابه أن طلاقه غير واقع . واما المريض الذى يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعى وجماعة لايورثها والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث مادامت فى العدة وممن قال بذلك ابو حنيفة واصحابه والثورى وقال قوم لها الميراث مالم تتزوج وممن قال بهذا احمد وابن ابى ليلى وقال قوم بل ترث كانت فى العدة اولم تكن تزوجت ام لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم فى وجوب العمل بسد الذرائع وذلك انه لما كان المريض يتهم فى ان يكون انما طلق فى مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب ان يقع بجميع احكامه لانهم قالوا انه لايرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولا بد لخصومهم من احد الجوابين لانه يعسر أن يقال ان فى الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض احكام الزوجية واعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولايصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى أن يصح اولايصح وهذا كله مما يعسر القول به فى الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور واما من

رأى انها ترث فى العدة فلان العدة عنده من بعض احكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . واما من اشترط فى توريثها مالم تتزوج فانه لحظ فى ذلك اجماع المسلمين على ان المرأة الواحدة لاترث زوجين ولكون التهمة هى العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هى الطلاق أوملكها امرها الزوج فطلقت نفسها فقال ابو حنيفة لاترث اصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث فى التمليك ولها فى الطلاق وسوى مالك فى ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لايرثها وترثه هى ان مات وهذا مخالف للاصول جداً.

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لايتعلق ﴾

واما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتى فى عصمة ازواجهن أوقبل ان تنقضى عدتهن فى الطلاق الرجعى وانه لايقع على الاجنبيات اعنى الطلاق المطلق . واما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل ان يقول ان نكحت فلانة فهى طالق فان للعلماء فى ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لايتعلق باجنبية اصلا عم المطلق أوخص وهو قول الشافعى واحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء او خصص وهو قول ابى حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك واصحابه اعنى مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أومن بلد كذا فهى طالق وكذلك فى وقت كذا فان هؤلاء يطلقن عند مالك اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لايتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية واما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتا به وحرجا وكانه من باب نذر المعصية واما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا الزمناه الطلاق واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاطلاق الا من بعد نكاح وفى رواية اخرى لاطلاق فيما لايملك ولا عتق فيما لايملك وثبت ذلك عن على ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول ابى حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة فى الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعى وكانت احكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير احكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب ان يكون فى هذا الجنس بابان ، الباب الاول فى احكام الرجعة فى الطلاق الرجعى ، الباب الثانى فى احكام الارتجاع فى الطلاق البائن .

﴿ الباب الاول ﴾

واجمع المسلمون على ان الزوج يملك رجعة الزوجة فى الطلاق الرجعى مادامت فى العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن احق بردهن فى ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد واختلفوا هل الاشهاد شرط فى صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعى الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) يقتضى الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى ان لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . واما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوماً قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعى وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما ابو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعى فقاس الرجعة على النكاح وقال قد امر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابى حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة محللة الوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلابد عنده من النية فهذا هو اختلافهم فى شروط صحة الرجعة واختلفوا فى مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت فى العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرها وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل وبه قال الثورى وابو يوسف والاوزاعى وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم

بدخوله بقول او حركة من تنحنح او خفق نعل * واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذى عقد عليها النكاح دخل بها اولم يدخل هذا قوله فى الموطأ وبه قال الاوزاعى والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثانى وبالقول الاول قال المدنيون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته فى موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك فى الموطأ واما الشافعى والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى اولم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروى عن علىّ وهو الابين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال فى هذه المسئلة ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته او ان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة فى الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شئ ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة وان لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج واذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له فى ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد ما لهذا اخرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ايما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما .

﴿ الباب الثانى ﴾

والطلاق البائن اما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف وفى المختلعة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح اعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لا يتزوجها زوجها فى العدة ولا غيره وهؤلاء كانهم رأوا منع النكاح فى العدة عبادة واما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب فى عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الاول ان ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لاتحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال انه جائز ان ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لاتحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على ان الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لايحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح فى غير صوم أو حج أو حيض او اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما فى ذلك كله الشافعى وابو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع فى عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى يبقى له مايغيبه فى الفرج * والخلاف فى هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح اصناف الوطء الناقص أم لايتناوله * واختلفوا من هذا الباب فى نكاح المحلل اعنى اذا تزوجها على شرط ان يحللها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر فى ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وابو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية فى ذلك وبه قال داود وجماعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل اى ليس يحللها وهو قول ابن ابى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك واصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث علىّ بن ابى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة ابن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم: لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه واسم النكاح الشرعى لاينطلق على النكاح المنهى عنه . واما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا وليس فى تحريم قصد التحليل مايدل على ان عدمه شرط فى صحة النكاح كما انه ليس النهى عن الصلاة فى الدار المغصوبة مما يدل على ان من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة او الاذن من مالكها فى ذلك قالوا واذا لم يدل النهى على فساد عقد النكاح فاحرى ان لا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن

لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها * واختلفوا فى هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعى لا يهدم اعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول ام لا فمن رأى ان هذا شىء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو احرى ان يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله اعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان ، الاول فى العدة ، الثانى فى المتعة .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر فى هذا الباب فى فصلين ، الفصل الاول فى عدة الزوجات ، الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين .

﴿ الفصل الاول ﴾

والنظر فى عدة الزوجات ينقسم الى نوعين ، احدهما فى معرفة العدة ، والثانى فى معرفة احكام العدة (النوع الاول) وكل زوجة فهى اما حرة واما امة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو ان تكون مدخولا بها او غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) واما المدخول بها فلا يخلو ان تكون من ذوات الحيض او من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار واما يائسات وذوات الحيض اما حوامل واما جاريات على عادتهن فى الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض فى سن الحيض اما مرتابات بالحمل اى بحس فى البطن واما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع او مرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات فى حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة اشهر ولا خلاف فى هذا لانه منصوص عليه فى قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) الآية وفى قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية فى الاقراء ماهى فقال قوم هى الاطهار اعنى الازمنة التى بين الدمين وقال قوم هى الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هى الاطهار اما من فقهاء الامصار فمالك والشافعى وجمهور اهل المدينة وابو ثور وجماعة واما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان

الاقراء هى الحيض اما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثورى والاوزاعى وابن ابى ليلى وجماعة واما من الصحابة فعلى ً وعمر بن الخطاب وابن مسعود وابو موسى الاشعرى وحكى الاثرم عن احمد انه قال الا كابر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هى الحيض . وحكى ايضاً عن الشعبى انه قول احد عشر او اثنى عشر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . واما احمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من اجل قول على ً وابن مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية عنده فى الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضى الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال فى كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء فى الآية ظاهر فى المعنى الذى يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذى هو الطهر وذلك ان القرء الذى هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانبارى وايضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذى يراد به الحيض لما ثبت فى جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت فى جمع المؤنث فيما دون العشرة وقالوا ايضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء فى الحوض أى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . واما ما تمسك به الفريق الثانى من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر فى تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء بانها هى الاطهار أمكن ان تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذى تطلق فيه وان مضى اكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً واسم الثلاثة ظاهر فى كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هى الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت فى حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذى رضيه الحذاق ان الآية مجملة فى ذلك وان الدليل ينبغى ان يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هى الاطهار حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم : مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل ان يمسها فتلك العدة التى امر الله ان يطلق لها النساء قالوا واجماعهم

على ان طلاق السنة لا يكون الا فى طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام : فتلك العدة التى أمر الله ان يطلق لها النساء دليل واضح على ان العدة هى الاطهار لكى يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن ان يتأول قوله فتلك العدة اى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق فى الحيض واقوى ما تمسك به الفريق الثانى ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هى الحيض واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر فى براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية اوقريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى ً وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت فى وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت فى الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها فى الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هى حال الحائض التى تحيض . واما التى تطلق فلا تحيض وهى فى سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة فى الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة اشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعتها حيضتها وقال ابو حنيفة والشافعى والجمهور فى التى ترتفع حيضتها وهى لا تيأس منها فى المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل فى السن الذى تيأس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن

الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو مايقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية فى العلم ببرائة الرحم بل هى قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاث اشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثانى او السنة الى ان تمضى لها ثلاثة اقراء . واما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر) والتى هى من اهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل انها تعتد بثلاثة اشهر لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها او كان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على انها ليست من اهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككتم فى حكمهن ثم قال فى التى تبقى تسعة لا تحيض وهى فى سن من تحيض انها تعتد بالاشهر واما اسماعيل وابن بكير من اصحابه فذهبوا الى ان الريبة ههنا فى الحيض وان اليائس فى كلام العرب هو مالم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم مافعلوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون فى هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس مالا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهى فى سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان اليائسة فى الطرفين ليس هى عندهم من اهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور . واما الفرق فى ذلك بين ماقبل التسعة ومابعدها فاستحسان واما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع او مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب واما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وان لم تتميز لها فثلاثة اشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصفر من ايام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها فى صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لا تحيض وهى من اهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياسا

على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركى الصلاة ايام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فانه دم اسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه ابوداود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم فى الاغلب انها فى كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . واما المسترابة اعنى التى تجد حساً فى بطنها تظن به انه حمل فانها تمكث اكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل فى المذهب اربع سنين وقيل خمس سنين وقال اهل الظاهر تسعة اشهر ولا خلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن اعنى المطلقات لقوله تعالى (واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن) واما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن ايضاً بتلك الاقسام بعينها اعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللائى يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود واهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فاهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد اعنى كونه متنصفاً مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبعض. واما الامة المطلقة اليائسة من المحيض او الصغيرة فان مالكا واكثر اهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة اشهر وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة اخذ بالعموم وذلك فى اليائسات ومرة اخذ با لقياس وذلك فى ذوات الحيض و القياس فى ذلك واحد . واما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول فى الحرة والخلاف فى ذلك وكذلك المستحاضة واتفقوا على ان المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلفوا فيمن راجع امرأته فى العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل ان يمسها هل تستأنف عدة ام لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى فى عدتها من طلاقها الاول وهو احد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها ان تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى اظهر

وكذلك عندمالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان انفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا فى العدة فعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما تداخل العدتين ، والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب ان تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة فى عدة الطلاق مضت على عدة الامة عندمالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال ابو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل فى الوجهين معا * وسبب الخلاف هل العدة من احكام الزوجية ام من احكام انفصالها فمن قال من احكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من احكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو اعتقت وهى زوجة ثم طلقت . واما من فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا ماتت وهى فى عدة من طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمى النظر فى العدة

﴿ القسم الثانى ﴾

واما النظر فى احكام العدة فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى فى الرجعيات (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) واختلفوا فى سكنى المبتوتة ونفقتها اذا لم تكن حاملا على ثلاثة اقوال احدها ان لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى انه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول احمد وداود وابى ثور واسحاق وجماعة والثالث ان لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية فى حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله واما الذين اوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك فى موطئه من حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة

وامرها ان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه فى قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا امره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بانه كان فى لسانها بذاء واما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان فى الرجعية وفى الحامل وفى نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر انه قال فى حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الاية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة حيث تجب السكنى فلذلك الاولى فى هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما ان يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . واما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغى ان تعلم ان المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون فى ثلاثة اشياء فى طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها اذا اعتقت واختلفوا فيها فى الفسوخ والجمهور على وجوبها ولما كان الكلام فى العدة يتعلق فيه احكام عدة الموت رأينا ان نذكرها ههنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على ان عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بأنفسهن اربعة أشهر وعشراً) واختلفوا فى عدة الحامل وفى عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها فى الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى ان من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة فان لم تحض فهى عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتها فى الحيض اكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود اعنى من تكون عادتها ان تحيض من اكثر من اربعة اشهر الى اكثر من اربعة اشهر واما نادر واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار ابى حنيفة والشافعى والثورى .

(واما المسئلة الثانية) وهى الحامل التى يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها ان تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (واولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن) وان كانت الاية فى الطلاق واخذاً ايضاً بحديث أم سلمة ان سبيعة

الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها قد حللت فانكحى من شئت وروى مالك عن ابن عباس ان عدتها آخر الاجلين يريد انها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن على ابن ابى طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . واما الامة المتوفى عنها من تحل له فانها لاتخلو ان تكون زوجة اوملك يمين أوأم ولد أو غيرام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور ان عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال اهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . واما أم الولد فقال مالك والشافعى واحمد والليث وابوثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر وقال مالك وان كانت ممن لاتحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال ابو حنيفة واصحابه والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول علىّ وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشراً وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيهاً بالامة يموت عنها سيدها وذلك مالاخلاف فيه وحجة ابى حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهى حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة أمة فوجب ان تستبرئ رحمها بعدة الاحرار . واماالذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لاتلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفى عنها سيدها اربعة اشهر وعشر وضعف احمد هذا الحديث ولم يأخذ به . وامامن اوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة * فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهى مترددة الشبه بين الامة والحرة وامامن شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابى حنيفة .

﴿ الباب الثانى فى المتعة ﴾

والجمهور على ان المتعة ليست واجبة فى كل مطلقة وقال قوم من اهل الظاهر هى واجبة فى كل مطلقة وقال قوم هى مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها فى بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك فقال ابو حنيفة هى واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعى هى واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التى سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج ابو حنيفة بقوله تعالى (ياايها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم) فعلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذالم يجب لها الصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شئ واما الشافعى فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة فى قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم فى كل مطلقة الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول . واما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال فى التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق واهل الظاهر يقولون هو شرع فتاخذ وتعطى . واما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى فى آخر الاية (حقا على المحسنين) اى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا فى المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد

﴿ باب فى بعث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما فى التشاجر اعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها) الاية وأجمعوا على ان الحكمين لايكونان الا من اهل الزوجين ، احدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة الا ان لا يوجد فى اهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما واجمعوا على ان الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما واجمعوا على ان قولهما فى الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا فى تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج اولا يحتاج الى ذلك فقال مالك واصحابه يجوز قولهما فى الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما فى ذلك وقال الشافعى وابو حنيفة واصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك مارواه من ذلك عن على بن ابى طالب انه قال فى الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وابى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج او من يوكله الزوج واختلف اصحاب مالك فى الحكمين

يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال اشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا ان يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعى وابو حنيفة بما روى فى حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما ان تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما اقرت به المرأة قال فاعتبر فى ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الايلاء ﴾

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته اما مدة هى اكثر من اربعة اشهر او اربعة اشهرا وبإطلاق على الاختلاف المذكور فى ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الأمصار فى الايلاء فى مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى ام انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة فى الشرع فقط ومنها ان امسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا ام لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة اشهر فقط او اكثر من ذلك او المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة اصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن او رجعى ومنها ان ابى الطلاق والفىء هل يطلق القاضى عليه ام لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث فى الزواج الثانى ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها فى العدة ام لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر ام لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة ام لا فهذه هى مسائل الخلاف المشهورة فى الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم فى مسئلة مسئلة منها وعيون أدلتهم واسباب خلافهم على ماقصدنا .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها ام لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى واحمد واباثور وداود والليث ذهبوا الى انه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب ابو حنيفة واصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا ان يفىء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) اى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر او بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده فى قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفىء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وان عزموا الطلاق) اى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية فى الآية اربعة ادلة ، احدها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل فى الديون المؤجلة ، الدليل الثانى ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا اعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنيفة الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة. الرابع ان الفاء فى قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم)ظاهرة فى معنى التعقيب فدل ذلك على ان الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . واما ابو حنيفة فانه اعتمد فى ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

﴿المسئلة الثانية﴾ واما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة فى الشرع وهى اليمين بالله او بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

﴿المسئلة الثالثة﴾ واما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على انه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم

يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شدذلك الاعتقاد بيمين او بغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعاً

(المسئلة الرابعة) واما اختلافهم فى مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون اكثر من اربعة اشهر اذ كان الفئ عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر واما ابو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفئ عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن ابى ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان اقل من اربعة اشهر كان مولياً يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأبيد * والسبب فى اختلافهم فى المدة اطلاق الآية فاختلافهم فى وقت الفئ وفى صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة فى هذه المعانى او مجملة وكذلك اختلافهم فى صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسيأتى بعد واما ماسوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هى اركان الايلاء اعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفئ والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

(المسئلة الخامسة) فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى انه رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعى الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال ابو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة * فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف فى الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال بائن .

(المسئلة السادسة) واما هل يطلق القاضى اذا ابى الفئ او الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضى عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه * وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف فى الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف فى الطلاق قال لايقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

(المسئلة السابعة) واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده فى الطلاق الرجعى والبائن وقال ابو حنيفة الطلاق البائن يسقط الايلاء وهو احد قولى الشافعى وهذا القول هو الذى اختاره المزنى وجماعة

العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب فى اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء فى الشرع الا حيث يكون يمين فى ذلك النكاح بنفسه لا فى نكاح آخر ولكن ان راعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالته بحكم الايلاء ولذلك رأى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء

(المسئلة الثامنة) واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة او ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت فى مدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة اوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) واما ايلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبد شهران على النصف من ايلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعى واهل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة اشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً ايضاً على مدة العنين وقال ابو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت امة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده اقل من حد الحر لان الفاحشة منه اقل قبحاً ومن الحر اعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة اقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر احق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس ان لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به احد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق فى مدة الايلاء اختلفوا فى زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار ام لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيد الى ايلاء الاحرار وقال ابو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا اعتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة اشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها فى ترك الجماع وقال ايضاً لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) واما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ فى العدة ام لا فان الجمهور ذهبوا الى ان ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض اوما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لايخلو ان يكون الايلاء يعود برجعته اياها فى العدة اولايعود فان عادلم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة اعنى بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر اصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلابد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة . واما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر واصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته يعتبر صحتها بيساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح اوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل .

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل فى الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . واما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتقى الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى انزل الله (قدسمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لايجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ماعنده من شئ يتصدق به قال فانى ساعينه بعرق من تمر قالت وانا اعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكيناً خرجه ابو داود وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام فى أصول الظهار ينحصر فى سبعة فصول . منها فى ألفاظ الظهار . ومنها فى شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الايلاء عليه . ومنها القول فى احكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته انت على كظهر امى انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال ابوحنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . واما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لايسمى ظهاراً الا ماذكر فيه لفظ الظهر والام . واما اذا قال هى على كامى ولم يذكر الظهر فقال ابوحنيفة والشافعى ينوى فى ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . واما من شبه زوجته باجنبية لاتحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لاتجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص فى معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وايضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة فى اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر فى الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لابمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وايضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود فى الاسلام . فأما القائلون باشتراط العود فى ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات ، احداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهى الرواية الصحيحة المشهورة عند اصحابه وبه قال ابوحنيفة واحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهى اضعف

الروايات عند اصحابه وقال الشافعى العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه اوهو دليل ذلك وقال داود واهل الظاهر العود هوان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تنبنى على اصلين ، احدهما ان المفهوم من الظهار هوان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هى اما الوطء نفسه . واما العزم عليه وارادته والاصل الثانى انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول عندهم فى هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلوان يكون تكرار اللفظ على مايراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقى ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية فى اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فحملوا الازم الشىء مشبهاً بالشىء وجعلوا حكمهما واحدا وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب فى وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق اثر الظهار ولهذا احتاط مالك فى الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعاً اعنى الوطء والامساك . واما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين اى كما ان كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص . واما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ فى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند ابى حنيفة انه العود فى الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم فى الجاهلية وعند مالك والشافعى ان المعنى فى الآية ثم يعودون فيما قالوا * وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام فى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) بمعنى فى . واما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة

تكريراً للفظ وان العودة الثانية انما هى ثانية للاولى التى كانت منهم فى الجاهلية ومن تأول احد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد الا ان يقدر فى الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هى تكرار اللفظ ، واما ان تكون ارادة الامساك ، واما ان تكون العودة هى التى فى الاسلام وهذا ان ينقسمان قسمين اعنى الاول والثالث ، احدهما ان يقدر فى الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة فى وجوب الكفارة. واما الا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك اوماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة ام لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة او بعد الامساك بزمان طويل على مايراه الشافعى وحكى عن عثمان البتى ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله اعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة واختلفوا فى الظهار من الامة ومن التى فى غير العصمة وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل . فاما الظهار من الامة فقال مالك والثورى وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وام الولد وقال الشافعى وابو حنيفة واحمد وابو ثور لا ظهار من امة وقال الاوزاعى ان كان يطأ امته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهى يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من اوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد اجمعوا ان النساء فى قوله تعالى (للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر) هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء فى آية الظهار * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم اعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء اعنى ان عموم اللفظ يقتضى دخول الاماء فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروجهن من الظهار . واما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة ام لا فمذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة اتزوجها فهى منى كظهر امى وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك فى

الظهار قال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعى وابو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة أتزوجها فهى منى كظهر امى فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة او سمى قرية او قبيلة وقائل هذا القول هو ابن ابى ليلى والحسن بن حى ودليل الفريق الاول قوله تعالى (اوفوا بالعقود) ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . واما حجة الشافعى فحديث عمر وبن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه ابو داود والترمذى والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس . واما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم فى الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى (وما جعل عليكم فى الدين من حرج) واختلفوا ايضاً من هذا الباب فى هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء فى ذلك ثلاثة اقوال، اشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعى، والثانى ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان اول اللازم لها فى ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشباه فى هذا المعنى .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء فى غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع انواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال ابو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعى انما يحرم الظهار الوطء فى الفرج فقط المجمع عليه لا ماعدا ذلك وبه قال الثورى واحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى (من قبل ان يتماسا) وظاهر لفظ التماس يقتضى المباشرة فما فوقها ولانه ايضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعى ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها اما ان تدل على ما فوق الجماع . واما ان تدل على الجماع وهى الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين

حقيقة ومجازاً (قلت) الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً اعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به فى غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفاً لجاز وايضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص عندهم بالفرج .

﴿ الفصل الخامس ﴾

واما تكرر الظهار بعد الطلاق اعنى اذا طلقها بعد الظهار قبل ان يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها فى العدة او بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعى ان راجعها فى العدة فعليه الكفارة وان راجعها فى غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث او بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه ام لا * وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع احكام الزوجية ويهدمها اولا يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

﴿ الفصل السادس ﴾

واما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً و ذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه ايضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعى يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الا يلاء وسواء كان عندهم مضاراً اولم يكن وبه قال الاوزاعى واحمد وجماعة وقال مالك يدخل الا يلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثورى يدخل الا يلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة اقوال، قول انه يدخل باطلاق، وقول انه لا يدخل باطلاق ، وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

﴿ الفصل السابع ﴾

والنظر فى كفارة الظهار فى اشياء. منها فى عدد انواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها اعنى الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب اكثر من واحدة فاما انواعها فانهم اجمعوا على انها ثلاثة انواع ، اعتاق رقبة ، اوصيام شهرين ، او اطعام بستين مسكيناً وانها على الترتيب فالاعتاق اولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالا طعام هذا فى الحر واختلفوا فى العبد هل يكفر بالعتق او الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدا به الصيام اعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده ابو ثور وداود وابى ذلك سائر العلماء واما الاطعام فاجازه له مالك ان اطعم باذن سيده ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف فى هذه المسئلة هل يملك العبد اولا يملك * واما اختلافهم فى الشروط المصححة فمنها اختلافهم اذا وطء فى صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام ام لا فقال مالك وابو حنيفة يستأنف الصيام الا ان ابا حنيفة شرط فى ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد فى ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستأنف على حال . وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين و الشرط الذى ورد فى كفارة الظهار اعنى ان تكون قبل المسيس فمن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة فى اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة ان تكون مؤمنة ام لا فذهب مالك والشافعى الى ان ذلك شرط فى الاجزاء وقال ابو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة. دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب ان تكون مسلمة اصله الاعتاق فى كفارة القتل و ربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان فى كفارة القتل واطلقها فى كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنيفة لا يجيزونه وذلك ان الاسباب فى القضيتين مختلفة . واما حجة ابى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده ان يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب ام لا ثم ان كانت سليمة فمن اى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور ان للعيوب تأثيراً فى منع اجزاء العتق وذهب قوم الى انه ليس لها تأثير فى ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ

فى الآية * فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً فى منع الاجزاء اختلفوا فى عيب عيب مما يعتبر فى الاجزاء او عدمه اما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم فى انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمنها هل يجوز اقطع اليد الواحدة اجازه ابو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . واما الاعور فقال مالك لا يجزى وقال عبدالملك يجزى . واما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال اصحاب الشافعى يجزى . واما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لا يجزى * واما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان . اما المجنون فلا يجزى . اما الخصى فقال ابن القاسم لا يعجبنى الخصى وقال غيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغير جائز فى قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى . واما البين العرج فلا * والسبب فى اختلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له اصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لا يجزى فى المذهب ما فيه شركة او طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا اعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال ابو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيأ من مال الكتابة لم يجز وان كان لم يؤد جاز واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولا يجزى عند مالك اعتاق ام ولده ولا المعتق الى اجل مسمى . اما عتق ام الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ اما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم واما فى التدبير فاذا ضاق عنه الثلث واما العتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعى مع ابى حنيفة فى أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لا يجزى عنه وقال ابو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التى لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يجزيه فابو حنيفة اقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لا بد ان يكون قاصداً للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقاً باختياره ولكن احدهما معتق بالاختيار الاول والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الاول والآخر بالعكس واختلف

مالك والشافعى فيمن اعتق نصفى عبدين فقال مالك لا يجوز ذلك * وقال الشافعى يجوز لانه فى معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . واما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فمن مالك فى ذلك روايتان اشهرهما ان ذلك مد بمد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبى صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو اقل وقد قيل هو مد وثلث . واما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبى صلى الله علية وسلم وبه قال الشافعى فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً اعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم فى شروط الصحة فى الواجبات فى هذه الكفارة . واما اختلافهم فى مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة اكثر من واحدة هل يجزى فى ذلك كفارة واحدة ام يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزى فى ذلك كفارة واحدة وعند الشافعى وابى حنيفة ان فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان اكثر فاكثر فمن شبهه بالطلاق اوجب فى كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء اوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته فى مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة او على عدد المواضع التى ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعى واحمد واسحاق وقال ابو حنيفة والشافعى لكل ظهار كفارة. واما اذا كان ذلك فى مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان فى ذلك كفارة واحدة وعند ابى حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان اراد استئناف الظهار كان ما اراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان فى مجلس واحد او فى مجالس شتى * والسبب فى هذا الاختلاف ان الظهار الواحد بالحقيقة هو الذى يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة فى وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذى يكون بلفظين من امرأتين فى وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ام لا يوجب ذلك فيه تعددا وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها اكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد اوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثانى اوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل ان يكفر هل عليه كفارة واحدة ام لا فاكثر فقهاء الامصار مالك والشافعى

وابو حنيفة والثورى والاوزاعى واحمد واسحاق وابو ثور وداود والطبرى وابو عبيد ان فى ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضى انه ظاهر من امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل ان يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره ان يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطئ وطئاً محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شئ لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بامر مجدد وذلك معدوم فى مسئلتنا وفيه شذوذ وقال ابو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق او الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول فى انواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثانى فى صفات المتلاعنين ، الثالث فى صفة اللعان ، الرابع فى حكم نكول احدهما أو رجوعه ، الخامس فى الاحكام اللازمة لتمام اللعان ، فأما الاصل فى وجوب اللعان اما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية واما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجى الصحيح من حديث عويمر العجلانى اذ جاء الى عاصم بن عدى العجلانى رجل من قومه فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لى يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتنى بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التى سألت عنها فقال والله لا انتهى حتى اسأله عنها فأقبل عويمر حتى اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفى صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وايضاً من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هى اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذلا خلاف فى ذلك اعلمه فهذا هو القول فى اثبات حكمه .

﴿ الفصل الاول ﴾

واما صور الدعاوى التى يجب بها اللعان فهى اولا صورتان ، احداهما دعوى الزنا ، والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لايخلو ان تكون مشاهدة اعنى ان يدعى انه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا اوتكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه ايضاً نفياً مطلقاً او يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه اربعة احوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يرميها بالزنا وينفى الحمل او يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وابو حنيفة والثورى واحمد وداود وغيرهم . واما المشهور عن مالك فانه لايجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا انه يجوز وهى ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولم يخص فى الزنا صفة دون صفة كما قال فى ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة فى ذلك . منها قوله فى حديث سعد أرايت لو ان رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يارسول الله لقد رأيت بعينى وسمعت باذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ماجاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون ازواجهم) الاية وايضا فان الدعوى يجب ان تكون بينة كالشهادة وفى هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به واتفقوا فيما احسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون فى العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان ام لا فقال مالك والشافعى والاوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال ابو حنيفة لالعان بينهما الا ان ينفى ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . واما ان فى الحمل فانه كما قلنا على وجهين ، احدهما ان يدعى انه استبرأها ولم يطأها بعد

الاستبراء وهذا ما لاخلاف فيه واختلف قول مالك فى الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لايجب بذلك لعان وخالفه فى هذا الشافعى واحمد وداود وقالوا لامعنى لهذا لان المراة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن اصحاب الشافعى انه لايجوز نفى الحمل مطلقاً من غير قذف واختلفوا من هذا الباب فى فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور ينفيه وهى حامل وشرط مالك انه متى لم ينفه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعى اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لاينفى الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبى عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : ان جاءت به على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا فى وقت اللعان وحجة ابى حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاماً كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ماقرب من الولادة ولم يوقت فى ذلك وقتاً ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه مابين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان فى وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه فى وقت العصمة واختلفوا فى نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك فى جميع المدة التى يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقريب من هذا المعنى قال الشافعى وقال قوم ليس له ان ينفى الحمل الا فى العدة فقط وان نفاه فى غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء اطول مدة الحمل على اختلافهم فى ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التى يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهى التسعة اشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به فى مدة العصمة فما زاد على اقصر مدة الحمل وهى الستة اشهر اعنى ان يولد المولود لستة اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو فى هذه المسئلة ظاهرى محض لانه انما اعتمد فى ذلك عموم قوله عليه

الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد فكأنه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شئ ضعيف واختلف قول مالك من هذا الباب فى فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه فى ذلك ثلاث روايات ، احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفى الولد ، والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضاً من هذا الباب فى فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية وقال مالك والشافعى يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم فى دفع الفراش .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا او عبدين او احدهما حر والآخر عبد محدودين كانا او عدلين او احدهما مسلمين كانا او كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من اهل الشهادة وحجة اصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) ولم يشترط فى ذلك شرطا ومعتمد الحنفية ان اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط فى الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفى النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين اربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون انه يمين وان كان يسمى شهادة فان احداً لا يشهد لنفسه . واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الاية ثم قال (اتخذوا ايمانهم جنة) واجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلفوا فى الاخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من اهل الشهادة واجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه الفاظ الاية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هى اربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز ان يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان اشهد اقسم ومكان قوله بالله غيره من اسمائه والجمهور على انه لا يجوز من ذلك الا ما نص عليه من هذه الالفاظ اصله عدد الشهادات واجمعوا على ان من شرط صحته ان يكون بحكم حاكم .

﴿ الفصل الرابع ﴾

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال ابو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام فى الاجنبى والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود اعنى انه يحد وما جاء ايضاً من حديث ابن عمر وغيره فى قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام : ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لايجابه زيادة فى النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وايضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب ان يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العذاب الذى يندرئ عنها باليمين والاشتراك الذى فى اسم العذاب اختلفوا ايضاً فى الواجب عليها اذا نكلت فقال الشافعى ومالك واحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالجلد وقال ابو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان او كفر بعد ايمان او قتل نفس بغير نفس وايضا فان سفك

الدم بالنكول حكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحرى ان لايجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها فى الشرع على انها لاتراق الا بالبينة العادلة او بالاعتراف ومن الواجب الاتخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة فى هذه المسئلة اولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف ابو المعالى فى كتابه فى البرهان بقوة ابى حنيفة فى هذه المسئلة وهو شافعى واتفقوا على انه اذا اكذب نفسه حد والحق به الولد ان كان نفى ولداً واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . اما بنفسه واما بحكم حاكم على ماتقوله بعد فقال مالك والشافعى والثورى وداود واحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لايجتمعان ابداً وان كذب نفسه وقال ابو حنيفة وجماعة اذا اكذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امراته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاسبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق احدهما مع القطع بان احدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك فى مسائل . منها هل تجب الفرقة ام لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان او بحكم حاكم واذا وقعت فهل هى طلاق اوفسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر فى ذلك فى احاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم: لاسبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من اهل البصرة لايعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولا هو صريح فى الاحاديث لان فى الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وايضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما اوجب ان لايجتمعا بعدها ابداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا اقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . واما متى تقع الفرقة فقال مالك

والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعاً من اللعان وقال الشافعى اذا اكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال ابو حنيفة لاتقع الا بحكم حاكم وبه قال الثورى واحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لاسبيل لك عليها وماروى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر فى نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير فى الفرقة اذ يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتهما جميعاً على ابى حنيفة ان النبى صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان اللعان هو سبب الفرقة. واما ابو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال : لاسبيل لك عليها فرأى ان حكمه شرط فى وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط فى صحة اللعان * فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم يرذلك ان تفريق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً فى الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل ان لافرقة الا بطلاق وانه ليس فى الشرع تحريم يتأبد أعنى متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بايجابها . واما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أولم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب عليه شبه الاحكام التى يشترط فى صحتها حكم الحاكم او التى لايشترط ذلك فيها. واما المسئلة الرابعة وهى اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ او طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال ابو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم . واما ابو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم .

﴿ كتاب الاحداد ﴾

اجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات فى عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه ممالا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة. واما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت ام ولد اولم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور فى الكتابية ابن نافع واشهب وروياه عن مالك وبه قال الشافعى اعنى انه لا احداد على الكتابية وقال ابو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد

وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن ابى حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من اصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد. واما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لا احداد الا فى عدة الوفاة وقال ابو حنيفة والثورى الاحداد فى العدة من الطلاق البائن واجب. واما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه. واما الفصل الثالث وهو ماتمتنع الحادمنه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالحلى والكحل الا مالم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه مالم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك مايحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد فى الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث ام سلمة زوج النبى عليه الصلاة والسلام ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكتحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا، مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لها لا، ثم قال انما هى أربعة اشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول وقال ابو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد. واما حديث ام حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول. لايحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة اشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش (قال القاضى) وفى الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين اعنى هل يقتضى الوجوب اوالاباحة * وسبب الخلاف بين من اوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهى الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لايتشوف الرجال اليها ومن حجة من اوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان فى الاحداد يقتضى انه عبادة. واما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان

عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق، احدهما الاحداد، والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة. واما اختلافهم فى المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والامة. واما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام: لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لايجب عليها احداد ومن اوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به ان لا يتشوف اليها الرجال فى العدة ولا تتشوف هى اليهم وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الانساب والله اعلم. كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

﴿كتاب البيوع﴾

الكلام فى البيوع ينحصر فى خمس جمل فى معرفة انواعها وفى معرفة شروط الصحة فى واحد واحد منها وفى معرفة شروط الفساد وفى معرفة احكام البيوع الصحيحة وفى معرفة احكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر انواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة فى واحد واحد منها واحكام بيوع الصحة واحكام البيوع الفاسدة ولما كانت اسباب الفساد والصحة فى البيوع منها عامة لجميع انواع البيوع اولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر فى احكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة اعنى العام من اسباب الفساد واسباب الصحة واحكام الصحة واحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة اجزاء، الجزء الاول تعرف فيه انواع البيوع المطلقة، الثانى تعرف فيه اسباب الفساد العامة فى البيوع المطلقة ايضاً اعنى فى كلها اوا كثرها اذ كانت اعرف من اسباب الصحة، الثالث تعرف فيه اسباب الصحة فى البيوع المطلقة ايضاً، الرابع نذكر فيه احكام البيوع الصحيحة اعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولا كثرها، الخامس نذكر فيه احكام البيوع الفاسدة المشتركة اعنى اذا وقعت، السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد واحكامها.

(الجزء الاول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عيناً بعين أوعيناً بشئ في الذمة أوذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . اما نسيئة . واما ناجز وكل واحد من هذه ايضاً . اما ناجز من الطرفين . واما نسيئة من الطرفين . واما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون انواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه واسماء هذه البيوع منها مايكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها مايكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلو ان تكون ثمناً بمثمون أوثمناً بثمن فان كانت ثمناً بثمن سمى صرفا وان كانت ثمناً بمثمون سمى بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عيناً بذمة سمى سلما وان كان على الخيار سمى بيع خيار وان كان على المرابحة سمى بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

(الجزء الثانى) واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى في البيوع وهى اسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، احدها تحريم عين المبيع ، والثانى الربا ، والثالث الغرر ، والرابع الشروط التى تؤل الى احد هذين أو لمجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة اصول الفساد وذلك ان النهى انما تعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لا لامر من خارج . واما التى ورد النهى فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففى هذا الجزء ابواب .

﴿ الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع ﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها واكلوا اثمانها وقال فى الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ، ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الاخلافا شاذاً فى الخمر اعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التى تقبل الحياة واختلف فى الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه اصبغ . واما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو

الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقا وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل اعنى اباحة الزبل ومنع العذرة واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس ام لا فمن رأى انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه فى المذهب .

واما ماحرم بيعه مماليس بنجس او مختلف فى نجاسته فمنها الكلب والسنور . اما الكلب فاختلفوا فى بيعه فقال الشافعى لايجوز بيع الكلب اصلا وقال ابو حنيفة يجوز ذلك وفرق اصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع الماذون فى اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على ان مالا يجوز اتخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وامساكه . فأما من اراده للاكل فاختلوا فيه فمن اجاز اكله اجاز بيعه ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا ايضا فى المأذون فى اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعى فعمدته شيئان ، احدهما ثبوت النهى الوارد عن ثمن الكلب عن النبى صلى الله عليه وسلم ، والثانى ان الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله فى ذلك فى كتاب الطهارة . واما من اجازه فعمدته انه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقد تقدم ايضا فى كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفى كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق ايضا فعمدته انه غير مباح الاكل ولا مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية او كلب الزرع وما فى معناه ورويت احاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهى عن ثمن الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . واما النهى عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع * فسبب اختلافهم فى الكلاب تعارض الادلة ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الزيت النجس وماضارعه بعد اتفاقهم على تحريم اكله فقال مالك لايجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول: ان الله ورسوله حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من اجازه انه اذا كان فى الشئ اكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة اعنى انه ان كان فيها منافع سوى الاكل

فبيعت لهذا جازوروواعن على وابن عباس وابن عمرانهم اجازوابيع الزيت النجس ليستصبح به وفى مذهب مالك جوازالاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه واجاز ذلك الشافعى ايضامع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان فى المذهب رواية اخرى تمنع الاستصباح به وهو الزم للاصل اعنى لتحريم البيع و اختلف ايضافى المذهب فى غسله وطبخه هل هومؤثر فى عين النجاسة ومزيل لها على قولين ، احدهما جوازذلك ، والآخرمنعه وهما مبنيان على ان الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين اونجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عند الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى جوازبيع لبن الآدمية اذا حلب فمالك والشافعى يجوزانه وابو حنيفة لايجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن ابيح شربه فابيح بيعه قياساً على لبن سائر الانعام وابو حنيفة يرى ان تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وانه فى الاصل محرم اذلحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا فى قياسهم هكذا الانسان حيوان لايؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه اصله لبن الخنزير والاتان * فسبب اختلافهم فى هذا الباب تعارض اقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل فى كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول .

﴿ الباب الثانى فى بيوع الربا ﴾

واتفق العلماء على ان الربا يوجد فى شيئين فى البيع وفيما تقرر فى الذمة من بيع اوسلف اوغير ذلك . فاما الربا فيما تقرر فى الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذى نهى عنه وذلك انهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرنى ازدك وهذا هو الذى عناه عليه الصلاة والسلام بقوله فى حجة الوداع: الاوان ربا الجاهلية موضوع واول ربا اضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثانى ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . واما الربا فى البيع فان العلماء اجمعوا على انه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا فى التفاضل لمارواه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : لاربا الافى النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى ان الربا فى هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام فى الربا ينحصر فى اربعة فصول ، الفصل الاول فى معرفة الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك ، الثانى فى معرفة الاشياء التى يجوز فيها التفاضل ولا

يجوز فيها النساء ، الثالث فى معرفة مايجوز فيه الامران جميعا ، الرابع فى معرفة مايعد صنفاً واحداً ممالايعد صنفاً واحداً .

﴿ الفصل الاول ﴾

فنقول اجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لايجوز واحد منهما فى الصنف الواحد من الاصناف التى نص عليها فى حديث عبادة بن الصامت الا ماحكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعر بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسـواء بسواء عيناً بعين فمن زاد اوازداد فقد اربى فهذا الحديث نص فى منع التفاضل فى الصنف الواحد من هذه الاعيان . واما منع النسـيئة فيها فثابت من غير ماحديث اشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل فى الصنف الواحد وتضمن ايضاً حديث عبادة منع النساء فى الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك فى بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل فى تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيد والبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم اهل الظاهر انما يمتنع التفاضل فى صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لايمتنع فى الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء ايضاً ان النساء ممتنع فى هذه الستة فقط اتفقت الاصناف اواختلفت وهذا امر متفق عليه اعنى امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الاماحكى عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدا الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهى المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص اريد به الخاص واما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص اريد به العام واختلفوا فى المعنى العام الذى وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف اعنى فى مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذى استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل اما فى الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون فى الاكثر وقال بعض اصحابه الربا فى الصنف المدخر وان كان نادر الادخار. واما العلة عندهم

فى منع التفاضل فى الذهب والفضة فهو الصنف الواحد ايضاً مع كونهما رؤساً للاثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هى التى تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم فى غير الذهب والفضة . واما علة منع النساء عند المالكية فى الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت اصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم فى المطعومات التى ليست مدخرة اعنى فى الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . اما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط فى تحريم التفاضل فى الصنف الواحد . واما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء فى المطعومات . واما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد. واما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك. واما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم فى هذه الستة واحدة وهو الكيل اوالوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ماعدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكا فى علة منع التفاضل والنساء فى الذهب والفضة اعنى أن كونهما رؤساً للاثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر فى المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسيأتى احكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف . واما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء فى علل الربا المطلق فى هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم *

فنقول ان الذين قصروا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم احد صنفين ، اما قوم نفوا القياس فى الشرع اعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، واما قوم نفوا قياس الشبه وذلك ان جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما الحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر فى ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هى حياطة الاموال يريد منع الغبن . واما القاضى ابو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده اقوى منه اعتبر فى هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم انه فى معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء اعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة اما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) فلما علق الحكم بالاسم

المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت اسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل فمن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم . واما المالكية فانها زادت على الطعم اما صفة واحدة وهو الادخار على ما فى الموطأ واما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما فى معناه وهى كلها يجمعها الاقتيات والادخار اما البر والشعير فنبه بهما على اصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع انواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وايضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى فى الربا انما هو ان لا يغبن بعض الناس بعضا وان تحفظ اموالهم فواجب ان يكون ذلك فى اصول المعايش وهى الاقوات واما الحنفية فعمدتهم فى اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر فى قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث ابى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يداً بيد رأوا أن التقدير اعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر فى الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رووا فى بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها فى حديث عبادة زيادة وهى كذلك مايكال ويوزن وفى بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله اعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع ان المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها اعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات اعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو فى وجود النسبة اعنى ان تكون نسبة قيمة احد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه مثال ذلك ان العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو ان تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب ان تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هذا القدر عددها هو عشرة

اثواب فأذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض فى العدد واجب فى المعاملة العدلة اعنى ان يكون عديل فرس عشرة اثواب فى المثل . واما الاشياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف ان يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل فى هذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لا تتفاوت فى المنافع وايضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه فى المنافع المختلفة فاذاً منع التفاضل فى هذه الاشياء اعنى المكيلة والموزونة علتان . احداهما وجود العدل فيها . والثانى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، واما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها اظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لهـا منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر فى علة الربا فى هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً فى اقوات الناس فانه يشبه ان يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين انه اعتبر فى الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً اعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثانى ﴾

فيجب من هذا ان تكون علة امتناع النسيئة فى الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . واما فى غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة فى غير الربويات . واما ابو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل فى الربويات وفى غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان او غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما ما يجوز فيه الامران جميعاً اعنى التفاضل والنساء فما لم يكن ربوياً عند الشافعى . واما عند مالك فما لم يكن ربويا ولا كان صنفاً واحداً متماثلا او صنفاً واحداً باطلاق على مذهب ابى حنيفة ومالك يعتبر فى الصنف المؤثر فى التفاضل فى الربويات وفى النساء فى غير

الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وابو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعى وان كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثراً الا فى الربويات فقط اعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء اصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة فى هذه الفصول الثلاث فأما الاشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فاما الاشياء التى لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط وعند ابى حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . واما الاشياء التى ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة اما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعلة المنع الطعم . واما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى اجل الا ان تكون احداهما حلوبة والاخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى اجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر ان لا يعتبر وقد قيل يعتبر . واما ابو حنيفة فالمعتبر عنده فى منع النساء ما عدا التى لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها واما الشافعى فكل ما لا يجوز التفاضل عنده فى الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعى حديث عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : امره ان يأخذ فى قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل فى الجنس الواحد مع النساء . واما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد فى النسيئة . واما مالك فعمدته فى مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لا فائدة فى ذلك الا ان يكون من باب سلف يجر نفعاً وهو يحرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيون انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعى ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث

سمرة مع التأويل له لا ر ظاهره يقتضى ان لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس او اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى ويشهد لمالك مارواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يداً بيد وقال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الربويات بعد اتفاقهم فى اشتراط ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تبيعوا منها غائباً بناجز فمن شرط فيها التقابض فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان القبض قبل التفرق ليس شرطا فى البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الاصل .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفاً واحداً فى مسائل كثيرة لكن نذكر منها اشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه ان لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحدا مما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى انهما صنف واحد وصار آخرون الى انهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى .وابو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . اما السماع فقوله صلى الله عليه عليه وسلم : لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وايضاً فان فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يداً بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى واما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب ان يكونا صنفين اصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة واما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة واما اصحابه فاعتمدوا فى ذلك ايضاً السماع

والقياس واما السماع فما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام قال الطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة واما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً من اتفاقهما فى المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد واما القطنية فانها عنده صنف واحد فى الزكاة وعنه فى البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها اصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان او اصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى الصنف الواحد من اللحم الذى لا يجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة اصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد ايضا وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل وقال ابو حنيفة كل واحد من هذه هو انواع كثيرة و التفاضل فيه جائز الا فى النوع الواحد بعينه وللشافعى قولان ، احدهما مثل قول ابى حنيفة ، والآخر ان جميعها صنف واحد وابو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لا يجيزه والشافعى لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعى قوله عليه الصلاة والسلام : الطعام بالطعام مثلا بمثل ولانها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التى كانت بها تختلف وبقى ولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب ان يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذى فى الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذى بين الانواع التى فى الحيوان اعنى فى الجنس الواحد منه كان كقلت الطائر هو وزان الاختلاف الذى بين التمر والبر و الشعير وبالجملة فكل طائفة تدعى ان وزان الاختلاف الذى بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذى تراه فى اللحم والحنفية اقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب فى بيع الحيوان بالميت على ثلاثة اقوال ، قول انه لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعى والليث ، وقول انه يجوز فى الاجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك فى المتفقة اعنى الربوية لمكان الجهل الذى فيها من طريق التفاضل وذلك فى التى المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده فى الحيوان المأكول حتى انه لا يجيز الحى بالحى اذا كان المقصود الاكل من احدهما فهى

عنده من هذا الباب اعنى ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا و المزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال ابو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول فى هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن اسلم عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من اصول البيوع التى توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه احد أمرين ، اما ان يغلب الحديث فيجعله اصلا زائداً بنفسه ، او يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعى غلب الحديث وابو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى اصوله فى البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا اعنى بيع الشئ الربوى باصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتى الكلام على هذا الاصل فانه الذى يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهى داخلة فى الربا بجهة وفى الغرر بجهة وذلك انها ممنوعة فى الربويات من جهة الربا والغرر وفى غير الربويات من جهة الغرر فقط الذى سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم فى بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه و هو قول مالك فى موطئه وروى عنه انه لايجوز وهو قول الشافعى وابى حنيفة وابن الماجشون من اصحاب مالك وقال بعض اصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . واما ابو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل ان احدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل او الوزن فيما جرت العادة ان يكال او يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما اصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال ابو حنيفة لابأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا وقال الشافعى لايجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . و اما مالك فالاشهر فى الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه إنه يجوز فيه التفاضل والتساوى . واما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات اوليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه اولا تمكن فقال ابو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لاتنقله واختلفوا فى امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة فى الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . واما اذا كان احد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى فى كثير منها

ان الصنعة تنقله من الجنس اعنى من ان يكونا جنساً واحداً فيجيز فيها التفاضل وفى بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه فى ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام اصحابه التفصيل فى ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس فى ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه اقواله فيها وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى وكذلك ايضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق فى شئ شئ من الاجناس التى يقع بها التعامل وتميزها من التى لاتوجب ذلك اعنى فى الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن اشياء متشابهة فى اوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه فى تميزها الا مايعطيه بادئ النظر فى الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده احد فرام ان يجرى تلك الاجوبة على قانون واحد واصل واحد عسر ذلك عليه وانت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هى امهات هذا الباب .

(فصل) واما اختلافهم فى بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل فى القدر والتناجز فان السبب فى ذلك ماروى مالك عن سعد بن ابى وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فأخذ به اكثر العلماء وقال لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعى وغيرهما وقال ابو حنيفة يجوز ذلك وخالفه فى ذلك صاحباه محمد بن الحسن وابو يوسف وقال الطحاوى بقول أبى حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم فى تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط فى الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لا حال المآل فمن غلب ظواهر احاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث اصلا بنفسه قال هو امر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث ايضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبدالله فرواه يحيى بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن ابى وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك فى موطئه قياساً به على تعليل الحكم فى هذا الحديث وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو واحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعى والمزابنة عند ابى حنيفة المنهى

عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر فى رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما اعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة فى الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم ان التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه فى ذلك جل من قال بهذا الحديث . واما اختلافهم فى بيع الجيد بالردئ فى الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط فى الجودة بصنفين ، احدهما أجود من ذلك الصنف ، والآخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، احدهما اعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه ان يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط فى مد من الطيب فجعل معه الردئ ذريعة الى تحليل مالا يجب من ذلك ووافقه الشافعى فى هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما احسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه ان يعتبر التفاضل فى الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردئ عن الوسط والافليس هناك مساواة فى الصفة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان فى القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لا يجوز وقال ابو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فسبب الخلاف هل مايقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى ان يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته فى القيمة قال لا يجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل احد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى الكيل والا وقع التفاضل ضرورة . واما ابو حنيفة فيكتفى فى ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر ايضا فى هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .

﴿باب فى بيوع الذرائع الربوية﴾

وههنا شئ يعرض للمتبايعين اذا أقال أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى احدهما من صاحبه الشئ الذى باعه بزيادة أو نقصان وهو ان يتصور بينهما من غير

قصد الى ذلك تبايع ربوى مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى اجل فاذا اضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على ان احدهما دفع عشرة دنانير فى عشرين الى اجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسئلة فى الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

(مسئلة) لم يختلفوا ان من باع شيئاً ما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى اجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً او الى اجل ان ذلك يجوز وانه لا بأس بذلك وان الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هى بيع مستأنف ولا حرج فى ان يبيع الانسان الشئ بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه فى هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً او الى اجل وكذلك لاخلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى اجل والعشرة مثاقيل نقداً او الى اجل . واما ان ندم المشترى فى هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً او الى اجل أبعد من الاجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوا فقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى اجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد فى المائة دينار التى عليه وايضاً يدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين واسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه. واما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاما بالتسعين ديناراً التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز . واما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف فى جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من اهل العينة اعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف فى اكثر منه يتوصلان اليه بما اظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة. واما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى اجل ثم يشتريها بثمن آخر الى اجل آخر او نقداً وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها فى مسئلتين واتفق فى الباقى وذلك انه من باع شيئاً الى اجل ثم اشتراه. فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه اوقبله اوبعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة . اما ان

يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه. واما بأ كثر مختلف من ذلك فى اثنين وهو ان يشتريها قبل الاجل نقداً بأقل من الثمن اوالى ابعد من ذلك الاجل بأ كثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور اهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وابو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير فى ا كثر منها الى اجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل ان يقول قائل لآخر اسلفنى عشرة دنانير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن ابيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا . واما فى الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان اعطى ا كثر من الثمن فى اقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى ابعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث ابى العالية عن عائشة انها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت ام ولد لزيد بن ارقم ياام المؤمنين انى بعت من زيد عبداً الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغى زيداً انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ماسلف) وقال الشافعى واصحابه لا يثبت حديث عائشة وايضاً فان زيداً قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعى عن ابن عمر. واما اذا احدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة ان يشتريه نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك فى ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك فى الذرائع فى هذه البيوع هى ان يتذرع منها الى انظرنى أزدك اوالى بيع ما لا يجوز متفاضلا او بيع ما لا يجوز نساء اوالى بيع وسلف اوالى ذهب وعرض بذهب او الى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفى او بيع وصرف فان هذه هى أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وابو حنيفة وجماعة واجازه الشافعى والثورى والاوزاعى وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن أجازه لم يرذلك فيه اعتباراً بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاماً بثمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعاماً بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فأجاز ذلك الشافعى وقال لا فرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه او من

المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه رد اليه الطعام الذى كان ترتب فى ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة فى ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى اجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن اشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفى فيقول له فبع طعاماً منى وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه اعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى اخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو فى ذمته . واما الشافعى فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على انه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وانظرك بها حولا او شهراً انه لا يجوز ولو قال له اسلفنى دراهم وامهلنى بها حولا او شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت اصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ ا كثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته فينبغى ان نذكرها هنا هذين الاصلين اما ضع وتعجل واجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وابو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعى فى ذلك فأجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل فى دينه المؤجل عرضاً يأخذه وان كانت قيمته اقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقداراً من الثمن بدلا منه فى الموضعين جميعاً وذلك انه هنالك لما زاد له فى الزمان زاد له عرضه ثمناً وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه فى مقابلته ثمناً وعمدة من اجازه ماروى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم : لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يا نبى الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . واما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكى عن عثمان البتى وانما اجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع، احدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات،

والثانى فى الاستفادات التى يشترط فى بيعها القبض من التى لايشترط، والثالث فى الفرق بين مايباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول .

﴿ الفصل الاول ﴾

واما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلا خلاف فى مذهب مالك فى اجازته. واما الطعام الربوى فلا خلاف فى مذهبه ان القبض شرط فى بيعه . واما غير الربوى من الطعام فعنه فى ذلك روايتان ، احداهما المنع وهى الاشهر وبها قال أحمد وابو ثور الا انهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز. واما ابو حنيفة فالقبض عنده شرط فى كل مبيع ماعدا المبيعات التى لاتنتقل ولاتحول وهى الدور والعقار . واما الشافعى فان القبض عنده شرط فى كل مبيع وبه قال الثورى وهو مروى عن جابر بن عبدالله وابن عباس وقال ابو عبيد واسحاق كل شئ لايكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض فى المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن ابى سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فيتحصل فى اشتراط القبض سبعة اقوال، الاول الطعام الربوى فقط ، والثانى فى الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ، الرابع فى كل شئ ينقل ، الخامس فى كل شئ ، السادس فى المكيل والموزون ، السابع فى المكيل والموزون والمعدود * اما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم واما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لايحل بيع وسلف ولاربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من ان القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج ايضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله انى اشترى بيوعا فما يحل لى منها ومايحرم فقال ياابن اخى اذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال ابو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن ابى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبدالله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك وعبدالله بن عصمة لاأعرف لهما جرحة الا انه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى ابو حنيفة مايحول وينقل عنده ممالا ينقل لان ماينقل القبض عنده فيه هى التخلية. واما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشترى الا بالكيل اوالوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما مايعتبر ذلك فيه ممـا لايعتبر فان العقود تنقسم اولا الى قسمين ، قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم الى ثلاثة اقسام، احدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره ، والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو مايصح ان يقع على الوجهين جميعاً اعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل اقوال العلماء فى هذه الاقسام . اما ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشئ الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء ، واما ما كان خالصاً للرفق اعنى القرض فلا خلاف ايضاً ان القبض ليس شرطا فى بيعه اعنى انه يجوز للرجل ان يبيع القرض قبل ان يقبضه واستثنى ابو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . واما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير ان تكون الاقالة او التولية بزيادة او نقصان فلا خلاف اعلمه فى المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال ابو حنيفة والشافعى لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض فى جميع المعاوضات انها فى معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى. اما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الا ما كان من شركة أو تولية او اقالة . واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك ابو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض فى ذلك ليس بيناً اذ لم يكن عينا .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه واجازه وبه قال الاوزاعى ولم يجز ذلك ابو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة فى الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر انه قال كنا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فبعث الينا من

يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل ان نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع فى هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رواه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم فى حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا واما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه ان يقول رجل لرجل اعطنى عشرة دنانير على ان ادفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن ابيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريباً مما كان سأله ان يعطيه من الدراهم قرضاً فيرد عليه ضعفها وفى المذهب فى هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف فى هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة فى المذهب اعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها . واما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هى منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز ان يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه تمراً قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين ما لم يشرع فى اخذ شئ منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وابى حنيفة ومما اجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله فى المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع فى الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا فيما تخشى عليه الفساد من الفواكه اذا اخذ جميعه واما القمح وشبهه فلا فهذه هى اصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم فى الشرع لمكان الغبن الذى يكون طوعا وعن علم .

﴿ الباب الثالث ﴾

وهى البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر والغرر يوجد فى المبيعات من جهة الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل

بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو باجله ان كان هنالك اجل واما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم واما من جهة الجهل بسلامته اعنى بقاءه وههنا بيوع تجمع اكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التى توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به اكثره متفق عليه وانما يختلف فى شرح اسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر اولا المنطوق به فى الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون فى نفس الفقه اعنى فى رد الفروع الى الاصول. فاما المنطوق به فى الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى تزهى وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين فى بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح. اما بيع الملامسة فكانت صورته فى الجاهلية ان يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم ما فيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة . واما بيع المنابذة فكان ان ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير ان يعين ان هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . واما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشترى أى ثوب وقعت عليه الحصاة التى ارمى بها فهو لى وقيل ايضاً انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار. واما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان . احدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة ما فى بطنها ثم ينتج ما فى بطنها والغرر من جهة الاجل فى هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هى ما فى بطون الحوامل والملاقيح ما فى ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها وهى محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها واما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك ان بيع الثمار لا يخلو ان تكون قبل ان تخلق أو بعد ان تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو ان تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو ان تكون قبل ان تزهى أو بعد ان تزهى وكل واحد من هذين لا يخلو ان يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع اما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل ان تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى

عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهى بيع الشجر اعواماً الا ماروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . واما بيعها بعد الصرام فلا خلاف فى جوازه . واما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ماروى عن ابى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لايجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد ان تزهى أو قبل ان تزهى وقد قلنا ان ذلك لايخلو ان يكون بيعا مطلقا أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف فى جوازه الا ماروى عن الثورى وابن ابى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . واما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف فى انه لايجوز الا ماذكره اللخمى من جوازه تخريجاً على المذهب . واما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لايجوز مالك والشافعى واحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة ماهو بيع مالم يزه بل من جهة ان ذلك شرط عنده فى بيع الثمر على ماسيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان مابعد الغاية بخلاف ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق وبشرط التبقية ولما ظهر للجمهور ان المعنى فى هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل ان تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث انس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال اخيه لم يحمل العلماء النهى فى هذا على الاطلاق اعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت ان معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً فى هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى ان النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . واما الكوفيون فحجتهم فى بيع الثمار مطلقاً قبل ان تزهى حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز ان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل ان تزهى على

الندب واحتجوا لذلك بماروى عن زيد بن ثابت قال كان الناس فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فاذا جدّ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع اصاب الثمر الزمان أصابه ما أصابه من قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشورة يشير بها عليهم لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث فى قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ احدكم مال اخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى ابى حنيفة فى ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص اعنى اذا بيع الثمر مع الاصل واما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: ارأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الاكثر على الثمار قبل بدو الصلاح واما بعد بدوّ الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولو لم يجب فى المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا. واما الحنيفة فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشئ يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى اجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى اجل لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور فى بيع الثمار فى موضعين . احدهما فى جواز بيعها قبل أن تزهى ، والثانى فى منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء او بمطلق العقد وخلافهم فى الموضع الاول اقوى من خلافهم فى الموضع الثانى اعنى فى شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم فى الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثى ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير واما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر فى الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت فى رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنى عشرة ليلة خلت من ايار

وهومايؤيدهقول ابن عمر ايضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبدالله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن ابى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذاطلع النجم صباحا رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا ازهى ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قدامنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا الا ان المشهور عنه انه لايباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لايعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل فى بدو الصلاح للعلماء ثلاثة اقوال، قول انه الازهاء وهو المشهور، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن فى الحائط فى حين البيع ازهاء، وقول الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان فى الحائط الواحد بعينه اجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه فى ذلك الليث . واما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك فى الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء فى بعضه لافى كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا فى بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعاً لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه فى الغالب من العاهات هو اذابدا الطيب فى الثمرة ابتداء متناسباً غير منقطع وعند مالك انه اذابدا الطيب فى نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى لايجوز الا بيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهى مشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لايشترط فى كل ثمرة بل فى بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به احد فهذا هو مشهور مااختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لايجوز بيع الحنطة فى سنبلها دون السنبل لانه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا فى بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وابو حنيفة واهل المدينة واهل الكوفة وقال الشافعى لايجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس اما الاثر فمارواه عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى تزهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على مارواه

مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لايصح عنده قياس مع وجود الحديث. واما بيع السنبل اذا افرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . واما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لايجوز الا اذا كان فى حزمه . واما بيعه فى تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما احسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا اعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى. ومن هذا الباب ماثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وابى هريرة قال ابو عمر وكلها من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا فى التفصيل اعنى فى الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لاينطلق عليها واتفقوا ايضا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة ، احدها اما فى مثمونين بثمنين اومثمون واحد بثمنين اومثمونين بثمن واحد على ان احد البيعين قدلزم. امافى مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين. احدهما ان يقول له ابيعك هذه السلعة بثمن كذا على ان تبيعنى هذه الدار بثمن كذا ، والثانى ان يقول له ابيعك هذا الغلام بدينار اوهذا الاخر بدينارين . واما بيع مثمون واحد بثمنين فان ذلك يتصور ايضا على وجهين ، احدهما ان يكون احد الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقدا بعشرة اوالى اجل بعشرين ، والوجه الثانى ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بثمن كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بثمن كذا . واما مثمونان بثمن واحد فمثل ان يقول له ابيعك احد هذين بثمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له ابيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعنى هذا الغلام بكذا فنص الشافعى على انه لايجوز لان الثمن فى كليهما يكون مجهولا لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقا فى كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه فى المبيعين فى عقد واحد واصل الشافعى فى رد بيعتين فى بيعة انما هو جهل الثمن اوالمثمون . واما الوجه الثانى وهو ان يقول ابيعك هذه السلعة بدينار اوهذه الاخرى بدينارين على ان البيع قدلزم فى احدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً او مختلفا وخالف عبدالعزيز بن ابى سلمة فى ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا او مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن ان يختار فى نفسه احد الثوبين فيكون قدباع ثوبا وديناراً بثوب

ودينار وذلك لايجوز على اصل مالك . واما الوجه الثالث وهو ان يقول له ابيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف فى انه لايجوز واما اذا لم يكن البيع لازما فى احدهما فاجازه مالك ومنعه ابو حنيفة والشافعى لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل احد الثمنين فى الآخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعى وابى حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان ان يكون الذى له الخيار قد اختار اولا انفاذ العقد باحد الثمنين المؤجل او المعجل ثم بداله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك احد الثمنين للثمن الثانى فكانه باع احد الثمنين بالثانى فيدخله ثمن بثمن نسيئة او نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقداً وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلا واما اذا قال اشترى منك هذا الثوب نقداً بكذا على ان تبيعه منى الى اجل فهو عندهم لايجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ماليس عنده ويدخله ايضا علة جهل الثمن واما اذا قال له ابيعك احد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه احدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز ان يسلم احدهما فى الثانى فانه لاخلاف بين مالك والشافعى فى انه لايجوز وقال عبد العزيز بن ابى سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند ابى حنيفة والشافعى . واما مالك فانه اجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد البيع فى الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده فى ذلك واما من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذى لايجوز لانهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير فى المبيعات لايجوز وان القليل يجوز ويختلفون فى اشياء من انواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما او اصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب ومايغلب عليه وبين مالا يغلب عليه كالعبد يضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه . واما هل يلزمه اخذ الباقى قيل يلزم وقيل لايلزم وهذا يذكر فى احكام البيوع وينبغى ان نعلم ان المسائل الداخلة فى هذا المعنى هى اما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . واما عند مالك فمنها ما يكون عنده

من باب ذرائع الربا ومنها مايكون من باب الغرر فهذه هى المسائل التى تتعلق بالمنطوق به فى هذا الباب . واما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه ان نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

﴿ فصل ﴾

واما المسائل المسكوكات عنها فى هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها اشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسئلة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا لاخلاف فى بيعه ومبيع غائب او متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لاوصف ولالم يوصف وهذا اشهر قولى الشافعى وهو المنصور عند اصحابه اعنى ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك واكثر اهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن ان تتغير فيه قبل القبض صفته وقال ابو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لاينعقد البيع اصلا فى الموضعين وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وانكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشئ فيكون من الغرر الكثير ام ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير واما ابو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . واما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر فى انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع او لمكان المشقة التى فى نشره وما يخاف ان يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا اجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح فى جرابه ولا الثوب المطوى فى طيه حتى ينشر او ينظر الى مافى جرابها واحتج ابو حنيفة بما روى عن ابن المسيب انه قال قال اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وددنا ان عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم ايهما اعظم جداً فى التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً

بارض له اخرى بار بعين الفا اوار بعة الاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولابد عند ابى حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة اوعلى خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر آخر وهو هل هو موجود وقت العقد او معدوم ولذلك اشترطوا فيه ان يكون قريب الغيبة الا ان يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا اجاز مالك بيع الشئ برؤية متقدمة اعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) واجمعوا على انه لايجوز بيع الاعيان الى اجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بإثر عقد الصفقة الا ان مالكا وربيعة وطائفة من اهل المدينة اجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك فى بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه ان يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب اعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وتكلمنا فى علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم انه لايجوز ان يأخذ الرجل من غريمه فى دين له عليه ثمرا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان اشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين مالم يشرع فى قبض شئ منه اعنى انه كان يرى ان قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعى وابى حنيفة .

(مسئلة) اجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحدا يطيب بعضه وان لم تطب جملته معا واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان البطون المختلفة لاتخلو ان تتصل اولا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلو ان تتميز البطون اولا تتميز فمثال المتميز جز القصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطح والمقاثى والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز ، والاخرى المنع وفى الذى يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون واحمد واسحاق والشافعى فى هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز انه لايمكن حبس اوله على آخره فجاز ان يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه اصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر فى الصفة شبهه بالغرر فى عين الشئ وكانه رأى ان الرخصة ههنا يجب ان تقاس على الرخصة فى بيع الثمار اعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده ان من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة و لذلك منع على احدى

الروايتين عنده بيع القصيل بطنا اكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان متميزا . واما وجه الجواز فى القصيل فتشبيها له بما لا يتميز وهو ضعيف . واما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعى الا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا فى قشره اجازه مالك ومنعه الشافعى * والسبب فى اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر فى البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا ان الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير او الذى تدعو اليه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك فى الغدير او البركة اختلفوا فيه ايضا فقال ابو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعى فيما حسب وهو الذى تقتضى اصوله ومن ذلك بيع الآبق اجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز واظنه اشترط ان يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن اعنى انه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا اصل من اصوله يمنع به النقد فى بيع المواضعة وفى بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء ما فى بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافى ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم واجاز مالك بيع لبن الغنم اياما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا فى العادة ولم يجز ذلك فى الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لايجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم فى جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا ان يكون ميئوسا منه ومنعه الشافعى وابو حنيفة وهى رواية اخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة ومنع الشافعى البيع فى الامرين جميعا واجازه قوم فى الامرين جميعا وبه قال الحسن البصرى فهذه هى البيوع التى يختلف فيها اكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية واما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على انه لايجوز ان يباع شئ من المكيل او الموزون او المعدود او الممسوح الا ان يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى واتفقوا على ان العلم الذى يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر فى صحة البيع فى كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع

والمشترى من جميع الاشـياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسـوحة وان العلم بمقادير هذه الاشياء التى تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذى يسمونه الجزاف يجوز فى اشياء ويمنع فى اشياء واصل مذهب مالك فى ذلك انه يجوز فى كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على اصناف منها ما اصله الكيل ويجوز جزافا وهى المكيلات والموزونات ومنها ما اصله الجزاف ويكون مكيلا وهى الممسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير اصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهى كما قلنا التى المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك فى الدراهم والدنانير وقال ابو حنيفة والشافعى يجوز ويكره ويجوز عند مالك ان تباع الصبرة المجهولة على الكيل اى كل كيل منهـا بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال ابو حنيفة لا يلزم الا فى كيل واحد وهو الذى سمياه ويجوز هذا البيع عند مالك فى العبيد والثياب وفى الطعام ومنعه ابو حنيفة فى الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره فى الكل فيما احسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عند مالك ان يصدق المشترى البائع فى كيلها اذا لم يكن البيع نسـيئة لانه يتهمه ان يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصـاعان واجازه قوم على الاطلاق وممن منعه ابو حنيفة والشـافعى واحمد وممن اجازه باطلاق عطـاء بن ابى رباح وابن ابى مليكة ولا يجوز عند مالك ان يعلم البـائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعى وابى حنيفة والمزابنة المنهى عنهـا هى عند مالك من هذا الباب وهى بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك اما فى الربويات فلموضع التفاضل واما فى غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

﴿ الباب الرابع فى بيوع الشروط والثنيا ﴾

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنتها النص وجب ان تجعل قسما من اقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة احاديث ، احدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث فى الصحيح ، والحديث الثانى حديث بريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو

باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص فى العرايا وهو ايضاً فى الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن ابى حنيفة انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث فى بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعى وابو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن ابى شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن ابى ليلى وقال احمد البيع جائز مع شرط واحد واما مع شرطين فلا فمن ابطل البيع والشرط اخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن اجازهما جميعاً اخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن اجاز البيع وابطل الشرط اخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين واجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه ابو داود قال قال رسول صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . واما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة اقسام ، شروط تبطل هى والبيع معاً ، وشروط تجوز هى والبيع معاً وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو ان من الشروط ما ان تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة فى مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك اى ما يفيد نقصا فى الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وابطل الشرط وما كان قليلا اجازه واجاز الشرط فيها وما كان متوسـطاً ابطل الشرط واجاز البيع ويرى اصحابه ان مذهبه هو اولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم احسن من الترجيح وللمتأخرين من اصحاب مالك فى ذلك تفصيلات متقاربة واحد من له ذلك جدى والمازرى والباجى وتفصيله فى ذلك ان قال ان الشرط فى المبيع يقع على ضربين اولين ، احدهما ان يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة او العبد ويشترط انه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة ، والقسم الثانى ان يشترط عليه شرطاً يقع فى مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة اقسام . اما ان يشترط فى المبيع منفعة لنفسه . واما ان يشترط على المشترى منعاً من تصرف عام او خاص .

واما ان يشترط ايقاع معنى فى المبيع وهذا ايضا ينقسم الى قسمين ، احدهما ان يكون معنى من معانى البر ، والثانى ان يكون معنى ليس فيه من البر شئ . فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لاتعود بمنع التصرف فى اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر . واما ان يشترط منعاً من تصرف خاص اوعام فذلك لايجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها اولا يبيعها . واما ان يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك فى اجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان فى بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفى بعضها انه اعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه فى المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة . واما ابو حنيفة فعلى اصله فى منع ذلك . واما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل ان لا يبيعها فذلك لايجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . واما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت علىّ المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفاً وان لم يجئ كان بيعا واختلف فى المذهب هل يجوز ذلك فى الاقالة ام لا فمن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده مايفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف ايضا فيمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لانه حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع اوغيره وقيل عن ابن القاسم لايجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف فى المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز فى الامد القصير ومن المسموع فى هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فمنعه ابو حنيفة والشافعى وسائر العلماء واجازه مالك واصحابه الا محمد ابن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون فى المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد بن احمد بن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا بجواب لاتقوم به حجة وهو ان قال

له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير فى تركه اوعدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشئ الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنالك مخيراً فى ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشئ محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من اجل الاقتران اعنى اقتران البيع به وكذلك البيع فى نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من اجل اقتران شئ محرم لعينه به لا انه شئ محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط ام لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من اجل اقتران المحرم العين به وهذا ايضا ينبنى على اصل آخر هو هل هذا الفساد حكمى او معقول فان قلنا حكمى لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد فى بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمى ولذلك ليس ينعقد عندهم اصلا وان ترك الربا بعد البيع اوارتفع الغرر واختلفوا فى حكمه اذا وقع على ماسيأتى فى احكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم اجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن اسلم وصورته ان يشترى الرجل شيئاً فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة واكل المال بغير عوض وكان زيد يقول اجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها اعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا ام ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى مافى بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى على انه لايجوز وقال احمد وابو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ام ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع اجاز ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لايخلو ان يكون شائعا او معينا او مقدراً فان كان شائعا فلا خلاف فى جوازه مثل ان يبيع عبداً الاربعه

واما انكان معينا فلايخلو انيكون مغيبا مثل الجنين اويكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلايخلوا الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه اولايكون فان كان مما لايستباح ذبحه فانه لايجوز لانه لايجوز ان يبيع احد غلاماً ويستثنى رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه وانكان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففى المذهب فيه قولان ، احدهما انهلا يجوز وهوالمشهور ، والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جوز بيع الشاة معاستثناء القوائم والرأس. واما اذا لميكن للمستثنى قيمة فلاخلاف فى جوازه فى المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلدمغيب وانكان لميستثنه بجلده فانه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معينا معلوماً فلم يضره ماعليه من الجلد اصله شراءالحب فى سنبله والجوز فى قشره . واما انكان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح . اماعرفا . واما ملفوظا به جزءاً مقدراً مثل ارطال من جزور فعن مالك فى ذلك روايتان ، احداهما المنع وهى رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة فى الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم واجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها واتفقوا على انهلايجوز ان يستثنى من حائطله عدة نخلات غير معينات الابتعيين المشترى لها بعدالبيع لانه بيع مالميره المتبايعان واختلفوا فى الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات واجازه فى استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم فى شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعدالشراء المشترى فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال ابو عمر بن عبدالبر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذى تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . واما مالك وسلفه من اهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على مافوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل ايضا مختلف فيه اعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب فى بيع واجارة معاً فى عقد واحد فأجازه مالك واصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن

يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين فى بيعة واجمعوا على انه لايجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك فى اجارة السلف والشركة فمرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع فى مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل فى امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء فى امثال هذه المسائل الى التخيير .

﴿ الباب الخامس ﴾

(فى البيوع المنهى عنها من اجل الضرر أو الغبن)

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن ان يبيع الرجل على بيع اخيه وعن ان يسوم احد على سوم اخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن ان يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء فى تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لايبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن ان يسوم احد على سوم اخيه واحد وهى فى الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شئ يسير مثل اختيار الذهب او اشتراط العيوب اوالبراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر ابو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معنى لايبيع بعضكم على بيع بعض ان لايطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعى معنى ذلك اذاتم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى احد يعرض عليه سلعة له هى خير منها وهذا منه بناء على مذهبه فى ان البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على ان النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان فى هذه الحالة ماهى لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ماسنذكره بعد وفقهاء الامصار على ان هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود واصحابه ان وقع فسخ فى اى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض اصحابه فسخه مالم يفت وانكر ابن الماجشون ذلك فى البيع فقال وانما قال بذلك مالك فى النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا فى دخول الذمى فى النهى عن سوم احد على سوم غيره فقال الجمهور

لافرق فى ذلك بين الذمى وغيره وقال الاوزاعى لا بأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا يسم احد على سوم اخيه ومن ههنا منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على لكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال او فى حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾

واما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا فى مفهوم النهى ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك اهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون اهل الاسواق ورأى انه لا يجوز ان يشترى احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب فى المذهب بنحو من ستة اميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى اهل الاسواق فى تلك السلعة التى من شأنها ان يكون ذلك سوقها واما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء انفذ البيع أورده ومذهب الشافعى هو نص فى حديث ابى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عليه الصلاة والسلام : لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا اتى السوق خرجه مسلم وغيره .

﴿ فصل ﴾

واما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء فى معنى ذلك فقال قوم لا يبيع اهل الحضر لاهل البادية قولا واحدا واختلف عنه فى شراء الحضرى للبدوى فمرة اجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عنده هم الامصار وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال ابو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك اعنى ان يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على ان القصد بهذا النهى هو ارفاق اهل الحضر لان الاشياء عند اهل البادية ايسر من اهل الحاضرة وهى عندهم ارخص بل اكثر مايكون مجانا عندهم اى بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك فى جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وابوداود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها ابوداود فيما احسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يرد والسعر مجهول عنده الا ان تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ماتأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى اصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ .

﴿ فصل ﴾

واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو ان يزيد احد فى سلعة وليس فى نفسه شراؤها يريد بذلك ان ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال اهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد رد وان شاء ان يمسك امسك وقال ابو حنيفة و الشافعى ان وقع اثم وجاز البيع * وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشئ بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن اجازه والجمهور على ان النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل فى هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة السلام فى بعض الفاظه انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ . وقال ابو بكر بن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا يبيع ماء واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر او غدير اوعين فى ارض مملكة اوغير مملكة غير انه ان كان متملكا كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيي بن يحيي قال اربع لا ارى ان يمنعن الماء والنار والحطب و الكلأ و بعضهم خصص هذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو انه لا يحل مال احد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع احدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى اشريكه زرعه فيجب عليه ان لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى ان يصلح بئره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق فى هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملوا المطلق فى هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع فى الحديثين واما مالك فأصل مذهبه ان الماء متى كان فى أرض متملكة منبعة فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها اعنى الذى حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البئر لا تتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك فى موضعين فى وقت جواز التفرقة وفى حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وابو حنيفة لا يفسخ واثم البائع والمشترى * و سبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعى حد ذلك سبع سنين او ثمان وقال الاوزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا نفع نفسه واستغنى فى حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع فى البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع ام لا فالمشهور فى المذهب ان لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض اصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن فى البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد فى ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك فى الاخوة .

﴿ الباب السادس فى النهى من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد فى الشرع فى وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى (اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) وهذا امر مجمع عليه فيما احسب اعنى منع البيع عند الاذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا فى حكمه اذا وقع هل يفسخ او لا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى

بالبيع ام لا يلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعى وابى حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهى الوارد لسبب من خارج يقتضى فساد المنهى عنه او لا يقتضيه. واما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . واما اهل الظاهر فتقتضى اصولهم ان يفسخ على كل بائع. واما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذى فى البيع من الشغل به عن السعى الى الجمعة ويحتمل أن لا يلحق به لانها تقع فى هذا الوقت نادراً بهذا البيوع . واما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به احد فى مبلغ علمى ولذلك مدح الله تاركى البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله واقام الصلاة وايتاء الزكاة) واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثانى من النظر العام فى البيوع .

﴿ القسم الثانى ﴾

والاسباب والشروط المصححة للبيع هى بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهى منحصرة فى ثلاثة اجناس ، النظر الاول فى العقد ، والثانى فى المعقود عليه ، والثالث فى العاقدين . ففى هذا القسم ثلاثة ابواب .

﴿ الباب الأول فى العقد ﴾

والعقد لا يصح الا بالفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشترى قد اشتريت منك واذا قال له بعنى سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان يأتى فى ذلك بعذر وعند الشافعى انه لا يتم البيع حتى يقول المشترى قد اشتريت وكذلك اذا قال المشترى للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشترى بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع ام لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعى انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا اذكر لمالك فى ذلك قولا ولا يكفى عند الشافعى المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما احسب ان الايجاب والقبول المؤثرين فى اللزوم لا يتراخى احدهما عن الثانى حتى يفترق المجلس اعنى انه متى قال البائع قد بعت سلعتى بكذا وكذا فسكت المشترى ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وابو حنيفة واصحابهما وطائفة من اهل

المدينة ان البيع يلزم فى المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعى واحمد واسحاق وابو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن ابى ذئب فى طائفة من اهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضى وشريح القاضى وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وابى برزة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفى بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول احدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم فى رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله فى رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع او يترادان فكانه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى ان يكون فى المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا فى انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف فى المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الامع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه احد مسنداً فيما احسب فهذا هو الذى اعتمده مالك رحمه الله فى ترك العمل بهذا الحديث . واما اصحاب مالك فاعتمدوا فى ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر فى ذلك قوله عز وجل (يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود) والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع فى البيع بعد ما انعقد مالم يفترقا . واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه اثر اصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التى يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم فى مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول ابى حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، احدهما ان المتبايعين فى الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذ لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق ههنا انما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هى التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة فى ذلك هى لموضع الندم فهذه هى اصول الركن الاول الذى هو العقد.

﴿ واما الركن الثانى ﴾

الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف فى هذه من المتفق عليه واسباب الاختلاف فى ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشئ بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدوراً على تسليمه وذلك فى الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل ايضاً ان كان بيعاً مؤجلا .

﴿ واما الركن الثالث ﴾

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامى الملك او وكيلين تامى الوكالة بالغين وان يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما اما لحق انفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه او لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذوناً له فى التجارة واختلفوا من هذا فى بيع الفضولى هل ينعقد ام لا وصورته ان يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك فى شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعاً واجازه مالك فى الوجهين جميعاً وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز فى البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى ديناراً وقال اشتر لنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يأمره فى الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على ابى حنيفة فى صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الامرين جميعاً وعمدة الشافعى

النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده * وسبب الخلاف المسئله المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه او يعم فهذه هى اصول هذا القسم وبالجملة فالنظر فى هذا القسم هو منطو بالقوة فى الجزء الاول ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى ان يفرد بالتكلم فيه واذ قد تكلمنا فى هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة

« القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة »

وهذا القسم تنحصر اصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى اربع جمل ، الجملة الاولى فى احكام وجود العيب فى المبيعات ، والجملة الثانية فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشترى ، والثالثة فى معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى حين البيع من التى لا تتبعه ، والرابعة فى اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذلك ايضا من ابواب احكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هى ايضا من الاحكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب .

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول فى احكام وجود العيوب فى البيع المطلق ، والباب الثانى فى احكامها فى البيع بشرط البراءة .

« الباب الاول فى احكام العيوب فى البيع المطلق »

والاصل فى وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لايخلو ان يقوم فى عقد يوجب الرد اويقوم فى عقد لايوجب ذلك ثم اذا قام فى عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضاً ان يقوم بعيب يوجب حكما اولا يوجبه ثم ان قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع ايضاً ان يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع اولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم اصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة ، الفصل الاول فى معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لايجب ذلك فيها ، الثانى فى معرفة العيوب التى توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها ، الثالث فى معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير ، الرابع فى معرفة اصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها ، الخامس فى القضاء

فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

« الفصل الاول من الباب الاول »

اما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لاخلاف ايضا فى انه لاتأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . واما مابين هذين الصنفين من العقود اعنى ماجمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر فى المذهب انه لاحكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

« الفصل الثانى »

وفى هذا الفصل نظران ، احدهما فى العيوب التى توجب الحكم ، والنظر الثانى فى الشرط الموجب له .

(النظر الاول) فأما العيوب التى توجب الحكم فمنها عيوب فى النفس ومنها عيوب فى البدن وهذه منها ماهى عيوب بان تشترط اضدادها فى المبيع وهى التى تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ماهى عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها فى المبيع وهذه هى التى فقدها نقص فى اصل الخلقة . واما العيوب الاخر فهى التى اضدادها كمالات وليس فقدها نقصا مثل الصنائع واكثر مايوجد هذا الصنف فى احوال النفس وقد يوجد فى احوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهى فى اجسام ذوات الانفس ومنها ماهى فى غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير فى العقد هى عند الجميع مانقص عن الخلقة الطبيعية أوعن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير فى ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص فى الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى فى شئ شئ مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل مااشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون مايحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عمن تقدمه أوفيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال ابو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك ان العيب بالجملة

هوماعاق فعل النفس أوفعل الجسم وهذا العائق قد يكون فى الشئ وقد يكون من خارج وقال الشافعى ليس الدين ولا الزوج بعيب فيما احسب والحمل فى الرائعة عيب عند مالك وفى كونه عيباً فى الوخش خلاف فى المذهب والتصرية عند مالك والشافعى عيب وهو حقن اللبن فى الثدى اياما حتى يوهم ذلك ان الحيوان ذو ابن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم : لاتصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء امسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثراً قالوا وايضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب وقال ابو حنيفة واصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على ان الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب ان لايوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وهو اصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لايجوز باتفاق ومنها ان الاصل فى المتلفات . اما القيم . واما المثل واعطاء صاع من تمر فى لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول اى الجزاف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وايضا فانه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب ان يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كأنه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لاخلاف عندهم فى العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض فى أى عضو كان أو كان فى جملة البدن والشيب فى المذهب عيب فى الرائعة وقيل لابأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب فى الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب فى المشهور من المذهب والزعر عيب وامراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب ان كل ما اثر فى القيمة اعنى نقص منها فهو عيب والبول فى الفراش عيب وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث فى الذكر والتذكير فى الانثى عيب هذا كله فى المذهب الا ماذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثانى) واما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو فى العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء فى العهدة فنقول انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه فى ذلك اهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشترى فهو من البائع وهى عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنة وهى من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث فى السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع واما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشترى الامن الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك فى الرقيق وهى ايضا واقعة فى اصناف البيوع فى كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعاً لافى الذمة هذا مالاخلاف فيه فى المذهب واختلف فى غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث فى الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة اطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لاتتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لايتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء اولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف ايضا عن مالك هل تلزم العهدة فى كل البلاد من غير ان يحمل اهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لايلزم اهل هذه البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها اهل كل بلد ام لا فيه قولان فى المذهب ولا يلزم النقد فى عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم فى عهدة السنة والعلة فى ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات احكام العهدة فى مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . اما عمدة مالك رحمه الله فى العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل اهل المدينة . واما اصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروى ايضا لاعهدة بعد اربع وروى هذا الحديث ايضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند اهل العلم معلول فانهم اختلفوا فى سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه . واما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة اثر ورأوا انها لو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك فى احد الروايتين عنه ان يقضى بها فى كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا فى البلد او يشترط وبخاصة

عهدة السنة فانه لم يأت فى ذلك اثر وروى الشافعى عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها امراً سالفاً واذ قد تقرر القول فى تمييز العيوب التى توجب حكما من التى لا توجبه وتقرر الشرط فى ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع او فى العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشترى فلا يخلو ان يكون فى عقار أو عروض او فى حيوان فان كان فى حيوان فلا خلاف ان المشترى مخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شئ له . واما ان كان فى عقار فمالك يفرق فى ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيرا وجب الرد هذا هو الموجود المشهور فى كتب اصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . واما العروض فالمشهور فى المذهب انها ليست فى هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول فى المذهب وهذا الذى كان يختاره الفقيه ابو بكر بن زرق شيخ جدى رحمة الله عليهما وكان يقول انه لا فرق فى هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذى قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل فى الاصول اعنى ان يفرق فى ذلك ايضا فى العروض والاصل ان كل ما حط القيمة انه يجب به الرد وهو الذى عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما احسب على التفرقة التى قلت فى الاصول ولم يختلف قولهم فى الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) واذ قلنا ان المشترى يخير بين ان يرد المبيع ويأخذ ثمنه او يمسك ولا شئ له فان اتفقا على ان يمسك المشترى سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من اصحاب الشافعى فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار فى مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضى عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشترى فله ان يستوفيه اعنى أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاخلاف فيه وفى هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض ، احدهما هل اذا اشترى المشترى انواعا من المبيعات فى صفقة واحدة فوجد احدها معيبا فهل يرجع بالجميع او بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له الا ان يرد الجميع او يمسك وبه قال ابو ثور والاوزاعى الا ان يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره وروى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر فى المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق ابو حنيفة تفريقاً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسئلة اربعة اقوال فحجة من منع التبعيض فى الردان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى اقيم بها . واما حجة من رأى الرد فى البعض المعيب ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان ما فات فى البيع فليس فيه الا القيمة . واما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة او غير وجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصوداً فى المبيع فليس كبير ضرر فى ان لا يوافق الثمن الذى اقيم به اراده المشترى او البائع . واما عندما يكون مقصوداً او جل المبيع فيعظم الضرر فى ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب فى قيمة الجميع او فى قيمة المعيب خاصة . واما تفريق أبى حنيفة بين ان يقبض او لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع وما لم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق فى هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

(واما المسئلة الثانية) فانهم اختلفوا ايضا فى رجلين يبتاعان شيئاً واحداً فى صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد احدهما الرجوع ويأبى الاخر فقال الشافعى لمن اراد الرد ان يرد وهى رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له ان يرد فمن اوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم فى ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فاما ان تغير بموت او فساد او عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن ابى رباح لا يرجع فى الموت

والعتق بشئ وكذلك عندهم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس فى الكتابة . واما تغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال ابو حنيفة والشافعى اذا باعه لم يرجع بشئ وكذلك قال الليث . واما مالك فله فى البيع تفصيل وذلك انه لا يخلو ان يبيعه من بائعه منه اومن غير بائعه ولا يخلو ايضا ان يبيعه بمثل الثمن او اقل او اكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه باقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً اى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثانى بشئ وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثانى فى الثمن والثانى على الاول ايضا وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب مثل قول ابى حنيفة والشافعى وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال اشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب اوبقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه بمثل الثمن او اكثر وبه قال عثمان البتى ووجه قول ابن القاسم والشافعى وابى حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد اخذ عوضاً فيه من غير ان يعتبر تأثير العيب فى ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثانى تشبيه البيع بالعتق ووجه قول اشهب وعثمان انه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك او الرد للجميع فاذا باعه فقد اخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون اكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب او تصدق رجع بقيمة العيب وقال ابو حنيفة لا يرجع لان هبته اوصدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب اولى واحرى بذلك . واما مالك فقاس الهبة على العتق وقد كان القياس ان لا يرجع فى شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان فى يديه فليس يجب له الا الرد او الامساك دليل على انه ليس للعيب تأثير فى اسقاط شئ من الثمن وانما له تأثير فى فسخ البيع فقط . واما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف فى ذلك اصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال اشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم اولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هى الاحوال التى تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها واحكامها .

﴿ باب فى طروء النقصان ﴾

واما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص فى قيمته او فى البدن او فى النفس. فأما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر فى الرد بالعيب باجماع . واما النقصان الحادث فى البدن فان كان يسيراً غير مؤثر فى القيمة فلا تأثير له فى الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره. واما النقص الحادث فى البدن المؤثر فى القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة اقوال ، احدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا ابى البائع من الرد وبه قال الشافعى فى قوله الجديد وابو حنيفة وقال الثورى ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعى الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب او يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى انا اقبض المبيع وتعطى انت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل انا امسك المبيع وتعطى انت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل فى المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الان يمسك او يرد وما نقص عنده وشذ ابو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شئ عليه. واما حجة من قال انه ليس للمشترى الان يرد ويرد قيمة العيب او يمسك فلانه قد اجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عند المشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . واما من رأى انه لا يرد المبيع بشئ واعماله قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياساً على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . واما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من احد أمرين . اما ان يكون مفرطاً فى ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى اويكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه. واما حجة ابى محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث فى ملك البائع فان الرد بالعيب دال على ان البيع لم ينعقد فى نفسه وانما انعقد فى الظاهر وايضا فلا كتاب

ولاسنة يوجب على مكلف غرم مالم يكن له تأثير فى نقصه الا ان يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب مانقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة فى البدن . واما العيوب التى فى النفس كالاباق والسرقة فقد قيل فى المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عند المشترى اذا ارتفع بعد حدوثه انه لا تأثير له فى الرد الا ان لا تؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب فى المشترى يطأ الجارية فقال قوم ذا واطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكراً او ثيباً وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى يرد قيمة الوطء فى البكر ولا يردها فى الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن ابى شبرمة وابن ابى ليلى وقال سفيان الثورى ان كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكراً رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه فى وطء الثيب شئ لانه غلة وجبت له بالضمان . واما البكر فهو عيب عنده للمشترى الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق فان كان له اثر فى القيمة رد البائع مانقص وان لم يكن له اثر لم يلزمه شئ فهذا هو حكم النقصان الحادث فى المبيعات . واما الزيادة الحادثة فى المبيع اعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعى الى انها غير مؤثرة فى الرد وانها للمشترى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان . واما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشترى الا الرد للزائد مع الاصل او الامساك وقال ابو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب ارش العيب الا الغلة والكسب وحجته ان ماتولد عن المبيع داخل فى العقد فلما لم يمكن رده ورد ماتولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى ارش العيب الا مانصه الشرع من الخراج والغلة . واما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فى الثوب والرقم فى الثوب فانها توجب الخيار فى المذهب . اما فى الامساك و الرجوع بقيمة العيب . واما فى الرد وكونه شريكا مع البائع بقيمة الزيادة . واما النماء فى البدن مثل السمن فقد قيل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول فى حكم التغيير .

﴿ الفصل الخامس ﴾

واما صفة الحكم فى القضاء بهذه الاحكام فانه اذا تقار البائع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورة ههنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فان انكر البائع دعوى القائم فلا

يخلو ان ينكر وجود العيب او ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى فى ادراكه جميع الناس كفى فى ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه اهل صناعة ماشهد به اهل تلك الصناعة فقيل فى المذهب عدلان وقيل لا يشترط فى ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا فى كونه مؤثراً فى القيمة وفى كونه ايضا قبل أمد التبايع او بعده فان لم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ماحدث عنده وان لم [١] تكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . واما اذا وجب الارش فوجه الحكم فى ذلك ان يقوم الشئ سليما ويقوم معيباً ويرد المشترى مابين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ماقدر منه قدر ماتنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان ابى المشترى الرد واحب الامساك رد البائع من الثمن مابين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

﴿ الباب الثانى فى بيع البراءة ﴾

اختلف العلماء فى جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده فى المبيع على العموم فقال ابو حنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع او لم يعلمه سماه او لم يسمه ابصره او لم يبصره وبه قال ابو ثور وقال الشافعى فى اشهر قوليه وهو المنصور عند اصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشترى وبه قال الثورى . واما مالك فالاشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك فى الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل فى الجوارى الرائعات فانه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز فى الوخش وعنه فى رواية ثانية انه يجوز فى الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعى وقد روى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل بيع السلطان وبيع المواريث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشترى قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ومن باب الغبن والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك مارواه فى الموطأ أن عبدالله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبدالله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاختصما

[١] لعله وان كانت له بينة

الى عثمان فقال الرجل باعنى عبداً وبه داء لم يسمه لى وقال عبدالله بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبدالله ان يحلف لقدباع العبد ومابه داء يعلمه فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع العبد وروى ايضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم فى الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيراً كاختلاف المبيعات فى صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لايجوز اصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة فى الثمن ولذلك حكى ابن القاسم فى المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ماخفف فيه للسلطان وفى قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من اصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لايتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط اعنى اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك او بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة فى بيع البراءة هو فى جوازه وفى شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط او مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة فى قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية فى وقت ضمان المبيعات) واختلفوا فى الوقت الذى يضمن فيه المشترى المبيع أنى تكون خسارته ان هلك منه فقال ابو حنيفة والشافعى لايضمن المشترى الا بعد القبض واما مالك فله فى ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده فى هذا الباب ثلاثة اقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد ، وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف اومالا يوزن ولا يكال ولا يعد . فاما ماكان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض . واما ماليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف فى المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه. واما المبيع الغائب فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات اشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع، والثالثة الفرق بين ماليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ماهو مأمون البقاء والخلاف فى هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد اوحكم من احكام العقد والعقد لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد اولزومه اوكيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من احكام البيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغائب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى ان

بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وفيما احسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على ان الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن اسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له انههم عن بيع مالم يقبضوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا فى شرط القبض فى المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا فى العهدة والجوائح وقد ذكرنا العهدة فينبغى ان نذكر ههنا الجوائح .

﴿ القول فى الجوائح ﴾

اختلف العلماء فى وضع الجوائح فى الثمار فقال بالقضاء بها مالك واصحابه ومنعها ابو حنيفة والثورى والشافعى فى قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من اخيه شيأً على ماذا يأخذ احدكم مال اخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه انه قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من اجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه ايضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ماعليه من سقيه الى ان يكمل فوجب ان يكون ضمانه منه اصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية و الفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع فى الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكأنه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون فى ضمانه مخالفا لسائر المبيعات و اما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات و ان التخلية فى هذا المبيع هو القبض و قد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى و من طريق السماع ايضاً حديث ابى سعيد الخدرى قال اجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم و ليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة * فسبب الخلاف فى هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتاويل فقال من منع الجائحة يشبه ان يكون الامر بها انما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح امروا أن لا يبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك فى حديث زيد بن ثابت المشهور و قال من أجازها فى حديث ابى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة او ان يكون المقدار الذى

أصيب من الثمر مقداراً لايلزم فيه جائحة اوان يكون اصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . واما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب فى ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم فى القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم فى هذا حجة على اثباتها والكلام فى اصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى اربعة فصول ، الاول فى معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثانى فى محل الجوائح من المبيعات ، الثالث فى مقدار مايوضع منه فيه ، الرابع فى الوقت الذى توضع فيه .

﴿ الفصل الاول ﴾

واما ماأصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلاخلاف فى المذهب انه جائحة واما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة واما ما اصاب من صنع الآدميين فبعض من اصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ماكان غالباً كالجيش ولم ير ما كان منه بمغافصة [١] جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل مايصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فمن جعلها فى الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها فى افعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن ان يتحفظ منه

﴿ الفصل الثانى ﴾

ومحل الجوائح هى الثمار والبقول فاما الثمار فلاخلاف فيها فى المذهب . واما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمار .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما المقدار الذى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث . واما فى البقول فقيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند اشهب ماقيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً فى

[١] غافصه اخذه على غرة

الكيل أولم يكن . واما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر انواعا كثيرة مختلفة القيم أوكان بطونا مختلفة القيم ايضا اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى اجزاء الثمرة وبطونها وفى موضع يعتبر الامرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون فى مصيرهم الى التقدير فى وضع الجوائح وان كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل فى هذا معلوم من حكم العادة انه يخالف الكثير اذ كان معلوماً ان القليل يذهب من كل ثمر فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وايضاً فان الجائحة التى علق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب ان يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع فى مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب فى هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله فى حيز القليل ولم يضطرب فى انه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص فى الوصية فى قوله عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها فى الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلفوا اذا ابقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئاً شيئاً فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا فى وجوب الجوائح فى البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر فى الاحكام) وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لايتبعه فجمهور

الفقهاء على ان من باع نخلا فيها ثمر قبل ان يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا ان يشترطه المبتاع والثمار كلها فى هذا المعنى فى معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا ان يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال ابو حنيفة واصحابه هى للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى احرى ان تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما ان من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا ان يشترطه المبتاع كذلك الامر فى الثمر وقال ابن ابى ليلى سواء أبرا ولم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أولم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى ان الثمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول الا ان كان لم يثبت عنده الحديث . واما ابو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه * فاذاً سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين ابى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان فى الاصل اقوى من دليل الخطاب . واما سبب مخالفة ابن ابى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر ان تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك ان اباره ان يفرك قياساً على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار اووقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا ابر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما ابر اولا يتبعه واتفقوا فيما احسبه على انه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر.

(المسئلة الثانية) وهى اختلافهم فى بيع مال العبد وذلك انهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة اقوال ، احدها ان ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون ، والثانى ان ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وابى ثور ، والثالث انه تبع له فى العتق لا فى البيع الا ان يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من رأى ان ماله فى البيع لسيده الا ان يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه الا ان يشترطه المبتاع

ومن جعله لسيده فى العتق فقياساً على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد فى كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهى مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيراً اعنى هل يملك العبد اولا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم . واما مالك فغلب القياس فى العتق والسماع فى البيع وقال مالك فى الموطأ الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان اوعرضا اودينا وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من اعتق غلاما فماله له الا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وماله بدراهم وان كان مال العبد دراهم اوفيه دراهم وخالفه ابو حنيفة والشافعى اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما الا ما يجوز فى سائر البيوع واختلف اصحاب مالك فى اشتراط المشترى لبعض مال العبد فى صفقة البيع فقال ابن القاسم لا يجوز وقال اشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفى مال العبد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضا اولم يكن فى مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول اشهب تشبيه الجزء بالكل وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم فى هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان فى الثمن الذى انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان اعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع اويحط منه البائع هل يتبع حكم الثمن ام لا وفائدة الفرق ان من قال هى من الثمن اوجب ردها فى الاستحقاق وفى الرد بالعيب وما اشبه ذلك وايضا من جعلها فى حكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هذا فذهب ابو حنيفة الى انها من الثمن الا انه قال لا تثبت الزيادة فى حق الشفيع ولا فى بيع المرابحة بل الحكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعى لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن اصلا وهو فى حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) قالوا واذا لحقت الزيادة فى الصداق بالصداق لحقت فى البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على انها لا تلحق فى الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ويختلفون فى التفصيل اعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال ابو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعى ومحمد ابن الحسن صاحب ابى حنيفة واشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت . واما مالك فعنه روايتان، احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى ، والرواية الثانية مثل قول ابى حنيفة وهى رواية ابن القاسم ، والثانية رواية اشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وابو ثور والقول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف أنهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ايما بيعين تبايعا فالقول قول البائع او يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان فى كل حال ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . واما من رأى. أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التى يجب ان يتساوى فيها دعوى البائع والمشترى قال اذا قبض السلعة اوفاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على اقوى المتداعيين شبهة وهذا هو اصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو فى الاكثر اقوى شبهة فاذا كان المدعى فى مواطن اقوى شبهة وجب ان يكون اليمين فى حيزه . واما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء اومدعى عليه عدداً ما فى الثمن . واما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، احداهما ، الفسخ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالاشهر البائع على ما فى الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب .

« القسم الرابع من النظر المشترك فى البيوع »

وهو النظر فى حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها او نماء او نقصان او حوالة سوق ان حكمها الرد اعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعى ليس ذلك كله فوتا ولا شبهة ملك فى البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الا ما روى عنه ابن وهب فى الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال ابو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة . فأما المحرمة فانها اذا فاتت مضت بالقيمة . واما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده فى ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى فى هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها اعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهى تساوى الفا وترد وهى تساوى خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا فى المبيع الفاسد ومالك يرى فى البيع والسلف انه اذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشترى القيمة مالم تكن ازيد من الثمن لان المشترى قد رفع له فى الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد اكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذى أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها مالم تكن اقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض اعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال ابو حنيفة والشافعى وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك واصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشىء ليس يقتضى عودة الشىء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى ان محمد بن احمد

ابن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكى فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال انا أدع الزق وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لاتقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذ قد انقضى القول فى اصول البيوع الفاسدة واصول البيوع الصحيحة وفى اصول احكام البيوع الصحيحة واصول احكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو الكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول .

﴿ كتاب الصرف ﴾

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، احدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر فى هذا الكتاب ينحصر فى خمسة اجناس ، الاول فى معرفة ماهو نسيئة مما ليس بنسيئة ، الثانى فى معرفة ماهو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع ايضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى احد هذين اعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك واصحابه وهذا ينقسم ايضاً الى نوعين كانقسام اصله ، الرابع فى خصائص احكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان اعنى عدم النساء والتفاضل او كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه فى احكام كثيرة وانت اذا تأملت الكتب الموضوعة فى فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ماعدا المسائل التى يدخلون فى الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء فى السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى احد هذين الاصلين اعنى الى صرف بنسيئة او بتفاضل ادخلوها فى هذا الكتاب مثل مسائلهم فى اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها فى الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا ان نذكر فى هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من القدر الكافى له فى علم النحو واللغة وصناعة اصول الفقه ويكفى من ذلك ماهو مساو لجرم هذا الكتاب او اقل وبهذه الرتبة يسمى فقيهاً لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت فى العدد اقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذى حفظ مسائل اكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن ان الخفاف هو الذى عنده خفاف كثيرة لا الذى يقدر على عملها وهو بين ان الذى عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد فى خفافه ما يصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذى يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال اكثر المتفقهة فى هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر مسائل التى وعدنا بها .

(المسئلة الاولى) اجمع العلماء على ان بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الا مثلا بمثل يداً بيد الا ما روى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم اجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا الا فى النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا فى النسيئة . واما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيئاً غائباً بناجز وهو من اصح ما روى فى هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح ايضا فى هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً فى ذلك . واما حديث ابن عباس فانه ليس بنص فى ذلك لانه روى فيه لفظان ، احدهما انه قال وانما الربا فى النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص . واما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا فى النسيئة فهو اقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى ان ما عدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا فى النسيئة من جهة انه الواقع فى الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التى يصح الجمع بينهما واجمع الجمهور على ان مسكوكه وتبره ومصوغه سواء فى منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة فى ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ما روى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتى دار الضرب بورقه فيعطيهم اجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه اودراهمه فقال

اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحوذلك فأرجو ان لايكون به بأس وبه قال ابن القاسم من اصحابه وانكر ذلك ابن وهب من اصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء واجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن اوبالدينارين على اختلاف بين اصحابه فى العدد الذى يجوز فيه ذلك من الذى لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فى السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة اوبالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعى لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة فى بيع الفضة بالفضة فى ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة مافيه من الذهب او الفضة الثلث فأقل جاز بيعه اعنى بالفضة ان كانت حليته فضة اوبالذهب ان كانت حليته ذهباً والالم يجز وكانه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة فى البيع وصارت كانها هبة وقال ابو حنيفة واصحابه لابأس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة اكثر من الفضة التى فى السيف وكذلك الامر فى بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التى فيه او الذهب يقابل مثله من الذهب او الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعى عموم الاحاديث والنص الوارد فى ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصارى انه قال اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهى من المغانم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذى فى القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . واما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد انكره عليه ابو سعيد وقال لااسكن فى ارض انت فيها لما رواه من الحديث .

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزاً واختلفوا فى الزمان الذى يحد هذا المعنى فقال ابو حنيفة والشافعى الصرف يقع ناجزاً ما لم يفترق المتصارفان تعجل او تأخر القبض وقال مالك ان تأخر القبض فى المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه * وسبب الخلاف ترددهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : الاهاء وهاء وذلك أن هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس اعنى انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال يجوز التأخير فى المجلس ومن رأى أن اللفظ لايصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تأخر القبض عن العقد فى المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم فى الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ماحكى عن ابى ثور انه اجاز فيه الخيار واختلف فى المذهب فى التأخير الذى يغلب عليه المتصارفان

أو احدهما فمرة قيل فيه انه مثل الذى يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك فى تفاصيل لهم فى ذلك ليس قصدنا ذكرها فى هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفاً فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شئ وقال ابو حنيفة لايبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا ان تكون الزيوف نصف الدراهم اوا كثر فان ردها بطل الصرف فى المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيراً ان شاء ابدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك فى الدنانير اعنى لصاحب الدنانير وقال احمد لايبطل الصرف بالرد قليلا كان او كثيراً وابن وهب من اصحاب مالك يجيز البدل فى الصرف وهو مبنى على ان الغلبة على النظرة فى الصرف ليس لها تأثير ولاسيما فى البعض وهو احسن وعن الشافعى فى بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار فى هذه المسئلة اربعة اقوال ، قول بابطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البدل ، وقول بالفرق بين القليل والكثير ، وقول بالتخيير بين بدل الزائف او يكون شريكا له * وسبب الخلاف فى هذا كله هل الغلبة على التأخير فى الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هى مؤثرة فى القليل او فى الكثير . واما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياساً على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف واختلفوا ايضاً اذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه اعنى هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى وقيل يبطل منه المتأخر فقط وبه قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان فى المذهب ومبنى الخلاف فى الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط .

(المسئلة الخامسة) اجمع العلماء على ان المراطلة جائزة فى الذهب بالذهب وفى الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك اذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا فى المراطلة فى موضعين ، احدهما ان تختلف صفة الذهبين ، والثانى ان ينقص احد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر ان يزيد بذلك عرضاً أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهباً ان كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك اما فى الموضع الاول وهو ان يختلف جنس

المراطل بهما فى الجودة والرداءة انه متى راطل احدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لايجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين اخرجهما الآخر أواردأ منهما معاً اومثل احدهما واجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلايجوز ذلك وقال ابو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكأنه اعطى جزءاً من الوسط بأكثر منه من الاردأ اوبأقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لاخر خذمنى خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لايجوز هذا لنا ولكن اعطيك عشرين من الاعلى وعشرة ادنى من ذهبك وتعطينى انت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبى الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة ابى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضع فى المصارفة التى تكون بالعدد اعنى اذا اختلفت جودة الذهبين اوالاذهاب واما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد احدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربا أومما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل احدهما صاحبه ذهبا بذهب فينقص احد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أوعرضاً فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة واجاز ذلك كله ابو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أوالوزن أوالعدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا فى الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معاً وقال ابو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلا أولم يحلا وحجة

من لم يجزه انه غائب بغائب واذالم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب .
واما مالك فاقام حلول الاجلين فى ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين وبقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من اصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم فى جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه احدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه فى المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعى وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد اعنى اذا كان احدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لايجوز ذلك الا ان يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم فى الرجل يكون له على الرجل دراهم الى اجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهباً او بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه اجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالا اولم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من اجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع ابيع بالدنانير وآخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لابأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه ابوداود وحجة من لم يجزه ماجاء فى حديث ابى سعيد وغيره : ولاتبيعوا منها غائباً بناجز .

(المسئلة السابعة) اختلف فى البيع والصرف فى مذهب مالك فقال انه لايجوز الا ان يكون احدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف فى دينار واحد او فى دنانير وقيل ان كان الصرف فى دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان فى اكثر اعتبر كون احدهما تابعا للآخر فى الجواز فان كانا معاً مقصودين لم يجز واجاز اشهب الصرف والبيع وهو اجود لانه ليس فى ذلك مايؤدى الى ربا ولا الى غرر .

﴿كتاب السلم﴾

وفى هذا الكتاب ثلاثة ابواب ، الباب الاول فى محله و شروطه ، الباب الثانى فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم ومايعرض فى ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث فى اختلافهما فى السلم .

(الباب الاول) اما محله فانهم اجمعوا على جوازه فى كل مايكال اويوزن لما ثبت من

حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون فى الثمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف فى ثمن معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت فى الذمة وهى الدور والعقار واما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك داود وطائفة من اهل الظاهر مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على انه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعى والاوزاعى والليث الى ان السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال ابو حنيفة والثورى واهل العراق لا يجوز السلم فى الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر فى ذلك قولان وعمدة اهل العراق فى ذلك ما روى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم : نهى عن السلف فى الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا أيضاً بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم فى الحيوان ما روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : امره ان يجهز جيشاً فنفدت الابل فامره ان يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى ابل الصدقة وحديث ابى رافع ايضا ان النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته فى الذمة * فسبب اختلافهم شيئان ، احدهما تعارض الآثار فى هذا المعنى ، والثانى تردد الحيوان بين ان يضبط بالصفة اولا يضبط فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم فى البيض والدر وغير ذلك فلم يجز ابو حنيفة السلم فى البيض واجازه مالك بالعدد وكذلك فى اللحم اجازه مالك والشافعى ومنعه ابو حنيفة وكذلك السلم فى الرؤس والاكارع اجازه مالك ومنعه ابو حنيفة واختلف فى ذلك قول الشافعى وكذلك السلم فى الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعى وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لا احصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

(واما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها مجمع مختلف فيها فاما المجمع عليها فهى ستة منها ان يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك اما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله واما اتفاق الجنس على ما يراه ابو حنيفة واما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعى فى علة النساء ومنها ان يكون مقدراً اما بالكيل او بالوزن او العدد ان كان مما

شأنه أن يلحقه التقدير او منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل اجلا بعيداً لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا فى الجملة واختلفوا فى اشتراط اليومين والثلاثة فى تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على انه لا يجوز فى المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب ابو حنيفة والشافعى الى أن من شرطه التقابض فى المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها واختلفوا فى اربعة احدها الاجل هل هو شرط فيه ام لا ، والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً فى حال عقد السلم ام لا ، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه ، والرابع أن يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزونا واما معدوداً وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه فى ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه انه من شرط السلم وقد قيل انه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال واما اللخمى فانه فصل الامر فى ذلك فقال ان السلم فى المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذى يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة ، وسلم مؤجل وهو الذى يكون ممن ليس من شانه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثانى انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه وعمدة الشافعى انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه اقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم: اشترى جملا من اعرابى بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمراً واعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر فى الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا فى الاجل فى موضعين ، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ، والثانى فى مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه ، وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم فان اقتضاه فى البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر فى ذلك اجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً او نحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد واما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى

بين البلدين قلت او كثرت وقال ابو حنيفة لايكون اقل من ثلاثة ايام فمن جعل الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه اقل ماينطلق عليها الاسم ومن جعله شرطاً معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ماتختلف فيه الاسواق غالباً واما الاجل الى الجذاذ والحصاد وماشبه ذلك فاجازه مالك ومنعه ابو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في امثال هذه الاجال يسير أجاز ذلك اذا الغرر اليسير معفو عنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى انه كثير وانما كثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكالها لم يجزه واما اختلافهم هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فان مالكا والشافعي واحمد واسحق وابا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه وقال ابو حنيفة واصحابه والثوري والاوزاعي لايجوز السلم الا في ابان الشئ المسلم فيه وحجة من لم يشترط الابان ماورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ماروى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لاتسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الغرر يكون فيه اكثر اذا لم يكن موجودا في حال العقد وكانه يشبه بيع مالم يخلق اكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق .

(واما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فان ابا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الاكثر وقال القاضي ابو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك .

(واما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلا اوموزونا اومعدوداً اومذروعا لاجزافا فاشترط ذلك ابو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا ابي حنيفة ابو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ماتقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يكن فيه احد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان انواعا مختلفة اومع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا ان السلم لايكون الا في الذمة وانه لايكون الا في معين واجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها بمثل الذمة .

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن اسلم في شئ من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين ان يأخذ الثمن او يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم ان العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على اصله وليس من شرط جوازه ان يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شئ شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال اشهب من اصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولايجوز التأخير وكانه رآه من باب الكالئ بالكالئ وقال سحنون ليس له اخذ الثمن وانما له ان يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة مارواه ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره ابو بكر الطرطوشي والكالئ بالكالئ المنهى عنه انما هو المقصود لا الذي يدخل اضطراراً .

(مسئلة) اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك اصلا وهم القائلون بان كل شئ لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال ابو حنيفة واحمد واسحاق وتمسك احمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اسلم في شئ فلا يصرفه في غيره . واما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، احدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه في ان الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص في الحديث ، والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم مالايجوز ان يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ اكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله او اقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز ان يأخذ فيه طعاما آخر اكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده ان يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاما من صفته وان كان اقل جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته

شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك ان يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا واخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن اكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله او اقل وان اخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان اخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السلم واما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شئ يجوز به التبايع ما لم يكن طعاما لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه واما الاقالة فمن شرطها عند مالك ان لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة او نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع اعنى انها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل ان يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتعجل او الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك فى دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على ان اخذ البعض واقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وابى حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء فى الشراء برأس مال السلم من السلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه اصلا ورأى ان الاقالة ذريعة الى ان يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال ابو حنيفه واصحابه ومالك واصحابه الا ان عند ابى حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك فى المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من اجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم ان بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له ان يشترى به ما احب والظن الردىء بالمسلمين غير جائز قال واما حديث ابى سعيد فانه فانما وقع النهى فيه قبل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع فى السلم فقال للبائع اقلنى وانظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك فى ذلك مخافة ان يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع اخره عنه على ان يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى اجل قبل ان يستوفى وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزا رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذى امر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اقال مسلما صفقته اقال الله عثرته يوم القيامة ومن انظر معسرا اظله الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله .

(مسئلة) اجمع العلماء على انه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل وبعده فانه يلزمه اخذها واختلفوا فى العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان اتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النضارة لزمه اخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النضارة كالفواكه لم يلزمه واما اذا أتى به بعد محل الاجل فاختلف فى ذلك اصحاب مالك فروى عنه انه يلزمه قبضه مثل ان يسلم فى قطائف الشتاء فيأتى بها فى الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور فى انه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل انه من ضمانه الى الوقت المضروب الذى قصده ولما عليه من المؤنة فى ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ومن لم يلزمه بعد الاجل فحجته انه رأى ان المقصود من العروض انما كان وقت الاجل لا غيره وأما من أجاز ذلك فى الوجهين اعنى بعد الاجل او قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشترى بكيل الطعام هل للمشترى ان يقبضه منه دون ان يكيله وان يعمل فى ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز فى السلم وفى البيع بشرط النقد والاخيف ان يكون من باب الربا كأنه انما صدقه فى الكيل لمكان انه انظره بالثمن وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى والاوزاعى والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشترى مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم انه لما كان ليس للمشترى ان يبيعه الا بعد ان يكيله لم يكن له ان يقبضه الا بعد ان يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء فى الحديث انه عليه الصلاة والسلام : نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشترى واختلفوا اذا هلك الطعام فى يد المشترى قبل الكيل فاختلفا فى الكيل فقال الشافعى القول قول المشترى وبه قال ابو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشترى عند قبضه اياه وهذا مبنى عنده على ان البيع يجوز بنفس تصديقه .

﴿ الباب الثالث فى اختلاف المتبايعين فى السلم ﴾

والمتبايعان فى السلم اما ان يختلفا فى قدر الثمن أو المثمون واما فى جنسهما واما فى الاجل واما فى مكان قبض السلم . فاما اختلافهم فى قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه ان اتى بما يشبه والا فالقول ايضا قول المسلم ان اتى ايضا بما يشبه فان اتيا بما لا يشبه فالقياس ان يتحالفا

ويتفاسخا . واما اختلافهم فى جنس المسلم فيه فالحكم فى ذلك التحالف والتفاسخ مثل ان يقول احدهما اسلمت فى تمر ويقول الآخر فى قمح واما اختلافهم فى الاجل فان كان فى حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان فى قدره فالقول ايضا قول المسلم اليه الا ان يأتى بما لايشبه مثل ان يدعى المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . واما اختلافهم فى موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون فى الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض فى موضع العقد وخالف ابو الفرج فى الموضع الثانى فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . واما اختلافهم فى الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾

والنظر فى اصول هذا الباب اما او لا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع فى مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح ومايكون من الافعال خياراً كالقول . اما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى وابن ابى شبرمة وطائفة من اهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وماروى فى حديث ابن عمر : البيعان بالخيار مالم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وان الاصل هو اللزوم فى البيع الا ان يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله اوسنة ثابتة اواجماع قالوا وحديث حبان اما انه ليس بصحيح واما انه خاص لماشكى اليه صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ماورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول أحدهما لصاحبه اختر . واما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود فى نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين فى اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام فى اختيار الجارية والشهر ونحوه فى اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعى وابو حنيفة اجل الخيار ثلاثة ايام لايجوز اكثر من ذلك وقال احمد وابو يوسف ومحمد بن

الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا فى الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن حى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا ويكون له الخيار ابداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه اجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف ابو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار فى الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع فى الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هى اقاويل فقهاء الامصار فى مدة الخيار وهى هل يجوز مطلقاً او مقيداً وان جاز مقيدا فكم مقداره وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار فى الثلاث ام لا يجوز بحال وان وقع فى الثلاث فاما أدلتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ماقلنا . واما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ماورد فيه النص فى حديث منقذ بن حبان او حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث فى حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة ايام . واما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع فى البيع : اذا بعت فقل لا خلابة وانت بالخيار ثلاثا . واما عمدة اصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان امكان اختبار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص . واما اشتراط النقد فانه لا يجوز عند مالك وجميع اصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . واما ممن ضمان المبيع فى مدة الخيار فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك واصحابه والليث والاوزاعى مصيبته من البائع والمشترى امين وسواء كان الخيار لهما اولاحدهما وقد قيل فى المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف فى ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم فى الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما او للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه واما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى وبقى معلقا حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على انه

قد دخل عنده فى ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق واما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه احدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وابانه فوجب ان يدخل فى ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشترى لانه شرط الخيار فى رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من احدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع او لتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا فى تتميمه فهو فى ضمانه .

(واما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع ام لا فان مالكا والشافعى واصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال ابو حنيفة واصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم ابو حنيفه خيار الرد بالعيب اعنى انه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ماوهبه لابنه اعنى انه لم ير لورثة الميت من الخيار فى رد ماوهبه لابنه ماجعل له الشرع من ذلك اعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لا ينزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعى ماسلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائدا خيار الاقالة والقبول فقال لايورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الا ماقام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الا ماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال فموضع الخلاف هل الاصل هو أن تورث الحقوق كالاموال ام لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على ابى حنيفة

بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التى يورثها به والحنفية تحتج ايضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم فى قول خصمه بالضد اعنى ان يعطى فارقا فيما يضعه الخصم متفقاً ويعطى اتفاقا فيما يضعه الخصم متبايناً مثل ماتقول المالكية انما قلنا ان خيار الاب فى رد هبته لايورث لان ذلك خيار راجع الى صفة فى الاب لاتوجد فى غيره وهى الابوة فوجب أن لاتورث لا الى صفة فى العقد وهذا هو سبب اختلافهم فى خيار خيار اعنى انه من انقدح له فى شىء منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له انه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(واما المسئلة السادسة) وهى من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا فى اشتراط خيار الاجنبى فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى فى احد قوليه لايجوز الا ان يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول احمد وللشافعى قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة واتفق المذهب على ان الخيار للاجنبى اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله له احدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار او المشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول فى الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع او المشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى اى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبى وقول الاجنبى دون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من اراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبى الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع فى الامضاء وان أراد البائع الرد وارادالاجنبى الامضاء ووافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبى المشترى فالقول فيهما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال فى المشترى وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى اى ان اشترطه البائع فالقول قول من اراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبى وهو ظاهر مافى المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط اجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لايجوز الخيار فوق الثلاث او خيار رجل بعيد الموضع بعينه اعنى اجنبياً فقال مالك والشافعى لايصح البيع وان اسقط الشرط الفاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فاصل الخلاف هل الفساد الواقع فى البيع من قبل الشرط يتعدى الى

العقدام لايتعدى وانما هو فى الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان اسقطه ومن قال لايتعدى قال البيع يصح اذا اسقط الشرط الفاسد لانه يبقى العقد صحيحاً .

﴿ كتاب بيع المرابحة ﴾

اجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هو ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاما للدينار او الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة فى موضعين ، احدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما انفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فأخبر انه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به اووهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأكثر ففى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لايعد وفى صفة رأس المال الذى يجوز ان يبنى عليه الربح ، الثانى فى حكم ماوقع من الزيادة او النقصان فى خبر البائع بالثمن .

﴿الباب الاول﴾ . فامامايعد فى الثمن ممالايعد فان تحصيل مذهب مالك فى ذلك انما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة اقسام قسم يعد فى اصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد فى اصل الثمن ولايكون له حظ من الربح وقسم لايعد فى اصل الثمن ولايكون له حظ من الربح . فاما الذى يحسبه فى راس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ماكان مؤثراً فى عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . واما الذى يحسبه فى راس المال ولايجعل له حظاً من الربح فمالايؤثر فى عين السلعة ممالايمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . واما ما لايحتسب فيه فى الامرين جميعاً فما ليس له تأثير فى عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال ابو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل مانابه عليها وقال ابو ثور لاتجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة راس الثمن الذى يجوز ان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها الا انه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف اصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولايجوز على القيمة وقال اشهب لايجوز لمن اشترى سلعة بشئ من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفى الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ فى الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لايجوز فقال مالك لايجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى اعطى فيها او الدراهم وقال مالك ايضا فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لايجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعى ان وقع كان للمشترى مثل اجله وقال ابو ثور هو كالعيب وله الرد به وفى هذا الباب فى المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه.

﴿الباب الثانى﴾ واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . اما باقراره . واما ببينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار. اما ان يأخذ بالثمن الذى صح او يترك اذا لم يلزمه البائع اخذها بالثمن الذى صح وان ألزمه لزمه وقال ابو حنيفة وزفر بل المشترى بالخيار على الاطلاق ولايلزمه الاخذ بالثمن الذى ان الزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن ابى ليلى واحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعى القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من اوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لاغير ذلك فلما ظهر خلاف ماقال وجب ان يرجع الى الذى ظهر كما لو اخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب فى هذه المسئلة بالعيب اعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى يحط مقدار مازاد من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه فى ذلك مثل ماوزن المبتاع أو اقل فلا يرجع عليه المشترى بشئ وان كانت القيمة اقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح. واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم اقام البينة ان ثمنها اكثر مما ذكره وانه وهم فى ذلك وهى قائمة فقال الشافعى لايسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن

او خمساً وبقوله فى المحرم اغسلوه فمن رأى ان هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل لا مخرج الامر به لم يقل بوجوبه ومن رأى انه يتضمن الامر والصفة قال بوجوبه .

﴿ الفصل الثانى ﴾

واما الاموات الذين يجب غسلهم فانهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذى لم يقتل فى معترك حرب الكفار واختلفوا فى غسل الشهيد وفى الصلاة عليه وفى غسل المشرك فاما الشهيد اعنى الذى قتله فى المعترك المشركون فان الجمهور على ترك غسله لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بقتلى أحد فدفنوا بثيابهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن المسيب يقولان يغسل كل مسلم فان كل ميت يجنب ولعلهم كانوا يرون ان ما فعل بقتلى أحد كان لموضع الضرورة اعنى المشقة فى غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن العنبرى وسئل ابو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحنط وصلى عليه وكان شهيداً يرحمه الله واختلف الذين اتفقوا على ان الشهيد فى حرب المشركين لا يغسل فى الشهداء من قتل اللصوص او غير اهل الشرك فقال الاوزاعى واحمد وجماعة حكمهم حكم من قتله اهل الشرك وقال مالك والشافعى يغسل * وسبب اختلافهم هو هل الموجب لرفع حكم الغسل هى الشهادة مطلقاً او الشهادة على أيدى الكفار فمن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبى عليه الصلاة والسلام انه شهيد ممن قتل ومن رأى ان سبب ذلك هى الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم واما غسل المسلم الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يقبره الا ان يخاف ضياعه فيواريه وقال الشافعى لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفنهم وبه قال ابو ثور وابو حنيفة واصحابه قال ابو بكر بن المنذر ليس فى غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لما مات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب العبادة او من باب النظافة فان كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وان كانت نظافة جاز غسله .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واما من يجوز ان يغسل الميت فانهم اتفقوا على ان الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلن النساء واختلفوا فى المرأة تموت مع الرجال او الرجل يموت مع النساء ما لم يكونا زوجين على

ثلاثة اقوال فقال قوم يغسل كل واحد منهما صاحبه من فوق الثياب وقال قوم ييمم كل واحد منهما صاحبه وبه قال الشافعى وابو حنيفة وجمهور العلماء وقال قوم لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه وبه قال الليث بن سعد بل يدفن من غير غسل * وسبب اختلافهم هو الترجيح بين تغليب النهى على الامر او الامر على النهى وذلك ان الغسل مأمور به ونظر الرجل الى بدن المرأة والمرأة الى بدن الرجل منهى عنه فمن غلب النهى تغليباً مطلقا اعنى لم يقس الميت على الحى فى كون طهارة الترب له بدلا من طهارة الماء عند تعذرها قال لا يغسل واحد منهما صاحبه ولا ييممه ومن غلب الامر على النهى قال يغسل كل واحد منهما صاحبه اعنى غلب الامر على النهى تغليبا مطلقا ومن ذهب الى التيمم فلانه رأى انه لا يلحق الامر والنهى فى ذلك تعارض وذلك ان النظر الى مواضع التيمم يجوز لكلا الصنفين ولذلك رأى مالك ان ييمم الرجل المرأة فى يديها ووجهها فقط لكون ذينك منها ليسا بعورة وان تيمم المرأة الرجل الى المرفقين لانه ليس من الرجل عورة الا من السرة الى الركبة على مذهبه فكان الضرورة التى نقلت الميت من الغسل الى التيمم عند من قال به هى تعارض الامر والنهى فكانه شبه هذه الضرورة بالضرورة التى يجوز معها للحى التيمم وهو تشبيه فيه بعد ولكن عليه الجمهور فاما مالك فاختلف قوله فى هذه المسئلة فمرة قال ييمم كل واحد منهما صاحبه قولا مطلقا ومرة فرق فى ذلك بين ذوى المحارم وغيرهم ومرة فرق فى ذوى المحارم بين الرجال والنساء فيتحصل عنه ان له فى ذوى المحارم ثلاثة اقوال ، اشهرها انه يغسل كل واحد منهما صاحبه على الثياب ، والثانى انه لا يغسل احدهما صاحبه لكن ييممه مثل قول الجمهور فى غير ذوى المحارم والثالث الفرق بين الرجال والنساء اعنى تغسل المرأة الرجل ولا يغسل الرجل المرأة فسبب المنع ان كل واحد منهما لا يحل له أن ينظر الى موضع الغسل من صاحبه كالاجانب سواء * وسبب الاباحة انه موضع ضرورة وهم اعذر فى ذلك من الاجنبى * وسبب الفرق ان نظر الرجال الى النساء اغلظ من نظر النساء الى الرجال بدليل ان النساء حجبن عن نظر الرجال اليهن ولم يحجب الرجال عن النساء واجمعوا من هذا الباب على جواز غسل المرأة زوجها واختلفوا فى جواز غسله اياها فالجمهور على جواز ذلك وقال ابو حنيفة لا يجوز غسل الرجل زوجته * وسبب اختلافهم هو تشبيه الموت بالطلاق فمن شبهه بالطلاق قال لا يحل ان ينظر اليها بعد الموت ومن لم يشبهه بالطلاق وهم الجمهور قال ان ما يحل له من النظر اليها قبل الموت يحل له بعد الموت وانما دعا ابا حنيفة ان يشبه الموت بالطلاق لانه رأى انه اذا ماتت احدى الاختين حل له نكاح الاخرى كالحال فيها اذا طلقت وهذا فيه بعد فان علة منع الجمع مرتفعة بين الحى والميت ولذلك

أعروه اذا سألته ومنه قوله تعالى (اطعموا القانع والمعتر) وانما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ اعنى تأخيره الى ذلك الوقت لانه تمر ورد الشرع بخرصه فكان من سنته ان يتأجل الى الجذاذ اصله الزكاة وفيه ضعف لانه مصادمة بالقياس لاصل السنة وعنده انه اذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز . واما اشتراطه جوازها فى الخمسة الاوسق او فيما دونها فلما رواه عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : ارخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة اوسق او فى خمسة اوسق وانما كان عن مالك فى الخمس الاوسق روايتان للشك الواقع فى هذا الحديث من الراوى واما اشتراطه ان يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد بن ثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية ان يبيعها بخرصها تمراً خرجه مسلم واما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن ابى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم : انه نهى عن المزابنة التمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه اذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها اهلها رطبا والعرية عندهم هى اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم ان يهب الرجل فى الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته فى القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد انه قال لرجل من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : اما زيد بن ثابت واما غيره ما عرايا كم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب اتى وليس بايديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بايديهم يأكلونها رطبا وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة واما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص فى العرايا ولم يخص المعرى عن غيره واما ابو حنيفة فلما لم يجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً وتسميته اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك فى بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول ابى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث و ذلك انه خالف الاحاديث فى مواضع . منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا. ومنها انه جاء فى الحديث انه نهى عن المزابنة و رخص فى العرايا وعلى مذهبه

لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى فى البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع فى الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله اعلم .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر فى هذا الكتاب شبيه بالنظر فى البيوع اعنى ان اصوله تنحصر بالنظر فى انواعها وفى شروط الصحة فيها والفساد وفى احكامها وذلك فى نوع نوع منها اعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم اكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم اولا الى قسمين ، القسم الاول فى انواعها وشروط الصحة والفساد ، والثانى فى معرفة احكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر اولا ما فى ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما فى ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهى التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى (انى أريد أن انكحك احدى ابنتىّ هاتين) الاية وقوله (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن) ومن السنة الثابتة ما خرّجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر انه باع من النبى صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال فى الاعيان المحسوسة والمنافع فى الاجارات فى وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة فى حال العقد فهى مستوفاة فى الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى فى الغالب او يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

القسم الاول

وهذا القسم النظر فيه فى جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا له وصفتها. فأما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك فى باب البيوع . واما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس مالم ينه الشرع عنه وفى كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشئ محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل اجر النوائح واجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا فى اجارة الارضين وفى اجارة المياه وفى اجارة المؤذن وفى الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول. فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيراً فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وابوبكر بن عبدالرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شئ ماعدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها اولم يكن وماعدا ماينبت فيها كان طعاما اوغيره والى هذا ذهب مالك واكثر اصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بماعدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبدالله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعى وظاهر قول مالك فى الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شئ وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثورى والليث وابو يوسف ومحمد صاحبا ابى حنيفة وابن ابى ليلى والاوزاعى وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ماروى مالك من تخصيص الرواى له حين روى عنه قال حنظلة فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر واخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال ابو عمر بن عبدالبر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء

عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هى جملة الاحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا ايضا من جهة المعنى انه لم يجز كراؤها لما فى ذلك من الغرر لانه ممكن ان يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشئ * قال القاضى ويشبه ان يقال فى هذا ان المعنى فى ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما اصلا الخلقة . واما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال انما يزرع ثلاثة رجل له ارض فيزرعها ورجل منح ارضا فهو يزرع مامنح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوزان يتعدى مافى هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز كراءها بكل شئ ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخراً اولم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له ارض فليزرعها اوليزرعها اخاه ولا يكرها بثلث ولاربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى المحاقلة التى نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الارض بالحنطة قالوا وايضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها اما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام واما حجته على منع كراءها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهى كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل اصحابه وعمدة من اجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز قياسا على اجارة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا احاديث رافع روى عن سالم بن عبدالله وغيره فى حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء فى بعض الروايات عنه مايجب ان يحمل عليها سائرها قال كنا اكثر اهل المدينة حقلا قال وكان احدنا يكرى ارضه ويقول هذه القطعة لى وهذه لك وربما اخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبى صلى الله عليه وسلم خرجه البخارى واما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر . اما الاثر فما ورد من النهى عن المخابرة وماورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن امر كان بنا رفقا فقلت ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعانى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاتفعلوا ازرعوها أوزارعوها أوامسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخارى ومسلم. واما من اجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها من اموالهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث اولى من احاديث رافع لانها مضطربة المتون وان صحت احاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ماخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس انه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح احدكم أخاه يكن خيراً له من ان يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ بن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم (واما اجارة المؤذن) فان قوما لم يروا فى ذلك بأساً وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن ابى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتخذ مؤذنا لا يأخذ على اذانه اجراً والذين اباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف اعنى هل هو واجب ام ليس بواجب . واما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه ايضا وكرهه قوم واجازه آخرون والذين اباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال اقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من احياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الحبر فهل عندكم دواء أورقية فان عندنا معتوها فى القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت اقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة ايام غدوة وعشية اجمع بريقى ثم اتفل عليه فكانما انشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لا حتى اسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن اكل برقية باطلا فلقد اكلت برقية حقا وبما روى عن ابى سعيد الخدرى ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا فى غزاة فمروا بحى من احياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ اوقد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطيعاً من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال ومايدريك انها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذوها واضربوا الى معكم فيها بسهم واما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة

قالوا ولم يكن الجعل المذكور فى الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن اوغيره الاستئجار عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجباً على الناس واما تعليم القرآن فهو واجب على الناس. واما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك ان يكرى الرجل فحله على ان ينزو اكواما معلومة ولم يجز ذلك ابو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو ايضا من هذا الباب وهو لايجوز عند الشافعى ولا عند مالك والشافعى يشترط فى جواز استئجار المنفعة ان تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا طعام لتزيين الحانوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لايجوز عند مالك ولا عند الشافعى ومن هذا الباب اختلاف المذهب فى اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل مالا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان ابو بكر الابهرى وغيره يزعم ان ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها الا انه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن اجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل ان يتجمل بها او يتكثر اوغير ذلك مما يمكن ان يتصور فى هذا الباب فهذه هى مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة. واما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهى مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز ان يكون ثمناً فى المبيعات ومالا يجوز ومما ورد النهى فيه من هذا الباب ماروى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه فى الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا و هذا لايجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بمين ليس عنده ولا هى من الاشياء التى تكون ديونا على الذمم و وافقه الشافعى على هذا وقال اصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة اوبصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم واجرة الطحان ذلك الجزء و هو معلوم ايضاً وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه و خالفهم فى ذلك اخرون فقالوا كسبه ردى يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح * والسبب فى اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب فمن رأى انه حرام احتج بما روى عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : حرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن ابى جحيفة قال اشترى ابى حجاماً فكسر محاجمه فقلت له ياابت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم. واما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال: احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام اجره قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: دعا اباطيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضاً انه امر للحجام بصاع من طعام وامر مواليه ان يخففوا عنه. واما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى ان رفاعة بن رافع او رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وامرنا ان نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: اعلف كسبه ناضحك واطعمه رقيقك .

(ومن هذا الباب ايضاً) اختلافهم فى اجارة دار بسكنى دار اخرى فأجاز ذلك مالك ومنعه ابو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة. واما ما يتعلق باوصافها فنذكر ايضاً المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وابو حنيفة والشافعى اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة ان يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت واما بالمكان ان كان مشياً مثل كراء الرواحل وذهب اهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارات المجهولات مثل ان يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه او يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع فى المبيعات واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على ان القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعى على انهما اذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية امداً من الزمان محدوداً وحددوا ايضاً أول ذلك الامد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا اول الزمان او حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا او شهراً بكذا ولا يذكر اول ذلك الشهر ولا اول تلك السنة وقال الشافعى لا يجوز

ويكون اول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعى لانه غرر واجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعى اذا كان اول العقد متراخيا عن العقد واجازه مالك واختلف قول اصحابه فى استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعى فى مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة اعوام او اكثر مما لا تتغير الدار فى مثله وقال الشافعى لا يجوز ذلك لاكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى ارض المطر وارض السقى بالعيون وارض السقى بالآبار والانهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء فى ارض المطر الا لعام واحد واما ارض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة اعوام واربعة واما ارض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة اعوام فقط فالاختلاف ههنا فى ثلاثة مواضع فى تحديد اول المدة وفى طولها وفى بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعى اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لاقل المدة مثل أن يقول اكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك امداً معلوما فقال الشافعى لا يجوز وقال مالك واصحابه يجوز على قياس ابيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوزه غيره * وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع فى هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه او المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم فى البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعى وابو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم فى اجارة المشاع فقال مالك والشافعى هى جائزة وقال ابو حنيفة لا تجوز لان عنده ان الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعى ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه اعنى رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعى ذلك على الاطلاق واجاز مالك ذلك على الاطلاق اعنى فى كل اجير واجاز ذلك ابو حنيفة فى الظئر فقط * وسبب الخلاف هل هى اجارة مجهولة ام ليست مجهولة فهذه هى شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون . واما انواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع اعيان محسوسة واجارة منافع فى الذمة قياسا على البيع والذى فى الذمة من شرطه الوصف والذى فى العين من شرطه الرؤية او الصفة عنده كالحال فى المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك فى الشئ الذى تستوفى منافعه وفى الشئ الذى تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلا والحمل

الذى تستوفى به منفعة المركوب وعندمالك ان الراكب لايحتاج ان يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عندمالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقى عنده أن لايشترط فيها النقد الا بعد الرى واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى انواعه الخيار ام لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لايجوز فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد واوصافه وانواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر فى الجزء الثانى وهو احكام هذا العقد.

﴿ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى احكام الاجارات ﴾

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر فى جملتين، الجملة الاولى الاختلاف فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه، الجملة الثانية فى احكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف.

(الجملة الاولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا اطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءاً فجزءاً بحسب مايقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك اويكون هنالك مايوجب التقديم مثل ان يكون عوضا معيناً اويكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كانه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين. ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة اوداراً وما اشبه ذلك هل له ان يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فأجازه مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك ابو حنيفة واصحابه وعمدتهم انه من باب ربح مالم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه اعنى من المكرى وايضاً فانه من باب بيع مالم يقبض واجاز ذلك بعض العلماء اذا احدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبيهة بالبيع ومنها

ان يكرى الدار من الذى اكراها منه فقال مالك يجوز وقال ابو حنيفة لايجوز وكانه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما فى الكراء فهو من باب اكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى ارضاً ليزرعها حنطة فاراد ان يزرعها شعيراً اوماضرره مثل ضرر الحنطة اودونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكتراة فالمشهور عن ابن القاسم انه على ارباب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف اصحاب مالك فى الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه ام ليس يلزم ويحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لايلزمه وقال غيره من اصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب.

(الجملة الثانية وهى النظر فى الاحكام الطوارئ) الفصل الاول منه وهو النظر فى الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وابو ثور وغيرهم الى انه لاينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال ابو حنيفة واصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارئ على المستأجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أوفوا بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ اصله البيع وعمدة ابى حنيفة انه شبه ذهاب مابه تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبدالوهاب الظاهر من مذهب اصحابنا ان محل استيفاء المنافع لايتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لاينفسخ ببيعه أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاية غنم باعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا فى المذهب وانما ذلك على قسمين، احدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أو مما لاتقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان

مما لايقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أوبيع طعام فى حانوت وما اشبه ذلك واشتراط ابن القاسم فى المدونة انه اذا استأجر على غنم باعيانها فانه لايجوز الا ان يشترط الخلف هو التفات منه الى انها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى انه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف ومن نحو هذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت احد المتعاقدين اعنى المكرى اوالمكترى فقال مالك والشافعى واحمد واسحق وابوثور لاينفسخ ويورث عقد الكراء وقال ابو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ انه عقد معاوضة فلم ينفسخ بموت احد المتعاقدين اصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل اصله البيع فى العين المستأجرة مدة طويلة اعنى انه لايجوز فلما كان لايجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدر مايقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستأجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لايصح وان مات المستأجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لايثبت عليه دين باجماع بعد موته . واما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ماسلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها أوزرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط ان الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لايحط عنه من الكراء شئ وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الرواحل فى ايام الحج فغاب المكرى عن ذلك الوقت انه تنفسخ الكراء . واما ان لم يكن الوقت مقصوداً فانه لاينفسخ هذا كله عنده فى الكراء الذى يكون فى الاعيان فاما الكراء الذى يكون فى الذمة فانه لاينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفى منها المنفعة اذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف فى الذمة وفروع هذا الباب كثيرة واصوله هى هذه التى ذكرناها .

﴿ الفصل الثانى وهو النظر فى الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى اولمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو فى نوع التعدى الذى يوجب ذلك اولايوجبه وفى قدره فمن ذلك اختلاف العلماء فى القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع مافتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعى واحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار فى ان يأخذ كراء دابته فى المسافة التى تعدى فيها او يضمن له قيمة الدابة وقال ابو حنيفة لا كراء عليه فى المسافة المتعداة ولا خلاف انها اذا تلفت فى المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه اجرة المثل اصله التعدى على سائر المنافع واما مالك فكانه لما حبس الدابة عن اسواقها رأى انه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف . واما مذهب ابى حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول فى هذه المسئلة هو قول الشافعى وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثوراً تعدٍّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . واما الذين اختلفوا فى ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ماهلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . واما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك وابن ابى ليلى وابو يوسف يضمون ماهلك عندهم وقال ابو حنيفة لايضمن من عمل بغير اجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعى قولان فى المشترك والخاص عندهم هو الذى يعمل فى منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك فى الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر اوبغير اجر وبتضمين الصناع قال على وعمر وان كان قد اختلف عن على فى ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل واجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر اولا يعملوا باجر فلان العامل بغير اجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر

فالمنفعة لكليهما فعلبت منفعة القابض اصله القرض والعارية عند الشافعى وكذلك ايضاً من لم ينصب نفسه لم يكن فى تضمينه سد ذريعة والاجير عند مالك كما قلنا لا يضمن الا انه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ اشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذ وذو لا خلاف ان الصناع لا يضمنون مالم يقبضوا فى منازلهم واختلف اصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة ام لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة او بعد تمام بعضها فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ما قال ابن المواز ان المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لا يمضى عمل الصانع باطلا ووجه ما قال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت فى مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول المواز اقيس وقول ابن القاسم اكثر نظراً الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا فى المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم فى ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال ابو حنيفة عليه الضمان الا من الموج واصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على ايديهم من حرق او كسر فى المصنوع او قطع اذا عمله فى حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص و تقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . واما الطبيب وما اشبهه اذا اخطأ فى فعله وكان من اهل المعرفة فلا شىء عليه فى النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفى ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من اهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل فى ماله وقيل على العاقلة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر فى الاختلاف وفى هذا الباب ايضاً مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع فى صفة الصنعة فقال ابو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن ابى ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه وانكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع

وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما فى أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع فى دفع الاجرة فالمشهور فى المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكرى والمكترى أو الاجير والمستأجر فى مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف فى جميع الزمان المضروب فى ذلك فالمشهور فى المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع فى قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن فى قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة فى هذا الباب اختلاف المتكاريين فى الدواب وفى الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلوان يكون فى قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما فى نوع المسافة أو فى نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين فى نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما فى قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة فى المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا وفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا فى الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا فى الامرين جميعاً فى المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما فى الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة فى المسافة والقول قول المكترى فى الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة لى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان

القول قول رب الدابة فى المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه فى بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله فى الزيادة ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ماقال أولم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ماناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف فى هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء فى جوازه فقال مالك يجوز ذلك فى اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك اجلا ، والثانى ان يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه فى الاباق والسؤال وما جاء فى الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذى فيه قياساً على سائر الاجارات ولا خلاف فى مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب فى كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر مابلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر فى هذا الباب فى جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ماكان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله بأجر وذلك

ظلم ولذلك يختلف الفقهاء فى كثير من المسائل هل هو جعل أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم فى المجاعلة على حفر الآبار وقالوا فى المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يغرس فيه عدداً من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب القراض ﴾

ولا خلاف بين المسلمين فى جواز القراض وأنه مما كان فى الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أوربعاً أونصفاً وان هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة فى ذلك انما هى لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على انه لا يقترن به شرط يزيد فى مجهلة الربح أوفى الغرر الذى فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا فى غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه فى صفته وفى محله وفى شروطه وفى أحكامه ونحن نذكر فى باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

﴿ الباب الاول فى محله ﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم اجمعوا عليها وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا فى العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهور ان رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لانه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما ويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون راس المال والربح مجهولا وأما ان كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضاً وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على مابيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان

مايبيع به السلعة مجهول فكانه انماقارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضاانما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ماتكلف المقارض فى ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هوالذى جوزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه انه يجوزان يعطى الرجل ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هوعلى ان يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ويشبه أيضاً ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم المقارض فى تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك فى القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه فى المصوغ وبالمنع فى ذلك قال الشافعى والكوفى فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف أيضاً أصحاب مالك فى القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجزأن يعطيه له قراضاً قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة فان مافى الذمة لايتحول ويعود أمانة واختلفوا فى من امر رجلا ان يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه ازداد على العامل كلفة وهوما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعى والكوفى قالوا لانه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطاً فى المصارفة فهذا هوالقول فى محله . وأماصفته فهى الصفة التى قدمناها .

﴿ الباب الثانى فى مسائل الشروط ﴾

وجملة مالا يجوز من الشروط عند الجميع هى ماأدى عندهم الى غرر اوالى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائداً غير ماانعقد عليه القراض أن ذلك لايجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك فى أن لايكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة مااتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا فى التفصيل فمن ذلك

اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعى لا يجوز وقال ابو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك راى انه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له ان يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رأى انه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شئ ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة واصحابه القراض جائز و الشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر فى القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد فى البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلفوا فى المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع او تعيين جنس ما من البيع او تعيين موضع ما للتجارة او تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك و الشافعى فى اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الا ان يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً ما من اوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه و ان تصرف فى غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعى رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وابو حنيفة استخف الغرر الموجود فى ذلك كما لو اشترط عليه ان لا يشترى جنساً ما من السلع لكان على شرطه فى ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان فى ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه فى ذلك ضرر ومن اجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم فى جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل فى حصته من الربح فقال مالك فى الموطأ لا يجوز و رواه عنه اشهب و قال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعى وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدرى كم يكون المال فى حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة اصل المال عليه اعنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق و حجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه فى الربح الثلث الاربع العشر اوالنصف الاربع العشر اوالربع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز

ان يشترط ذلك المقارض على رب المال فى المذهب فيه قو لان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا فى اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على ان يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعى وابو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن اجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثورى لا يجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

القول فى احكام القراض

والاحكام منها ماهى احكام القراض الصحيح و منها ماهى احكام القراض الفاسد وا حكام القراض الصحيح منها ماهى من موجباب العقد اعنى انها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هى تابعة اوغير تابعة ومنها احكام طوارئ تطرا على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى و الاختلاف و غير ذلك و نحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار و نبـدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول انه اجمع العلماء على ان اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وان لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل فى القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم و هو عقد يورث فان مات و كان للمقارض بنون امناء كانوا فى القـراض مثل ابيـهم و ان لم يكونوا امنـاء كان لهم ان يأتوا بأمـين . وقال الشافعى وابو حنيفة لكل واحد منهم الفسـخ اذا شـاء وليس هو عقد يورث فمالك الزمه بعد الشروع فى العمل لما فيه من ضرر وراه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع فى العمل بما بعد الشروع فى العمل ولا خلاف بينهم ان المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد ان ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسر ان من الربح و اختلفوا فى الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فيهلك بعضه قبل ان يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض ان يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك ام لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال اودفع رجل مالا قراضاً لرجل فهلك منه جزء قبل ان يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من اصحاب مالك انه يلزمه

القول ويكون الباقى قراضاً وهذه المسئلة هى من احكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من احكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه ام لا على ثلاثة اقوال . فقال الشافعى فى اشهر اقواله لا نفقة له اصلا الا أن يأذن له رب المال . وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعى والحسن وهو احد ماروى عن الشافعى . وقال آخرون له النفقه فى السفر من طعامه وكسوته وليس له شئ فى الحضر وبه قال مالك وابو حنيفة والثورى وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً . وقال الليث يتغدى فى المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعى أن له نفقته فى المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له فى المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة فى القراض فلم يجز اصله المنافع وحجة من اجازه أن عليه العمل فى الصدر الاول ومن اجازه فى الحضر شبهه بالسفر واجمع علماء الامصار على انه لا يجوز للعامل ان يأخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط فى قسمة المال واخذ العامل حصته وانه ليس يكفى فى ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

القول فى احكام الطوارئ

واختلفوا اذا اخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال او بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال فى ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع . وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى ما اخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها . وقال ابو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمنين ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عيناً اعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت اولا والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك واختلفوا فى بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك واجازه ابو حنيفة على الاطلاق واجازه الشافعى بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له فى السلعة من اجل ما قارضه فكأن رب المال اخذ من العامل منفعة سـوى الربح الذى اشترط عليه ولا اعرف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على

السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران فى المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا فى العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز. وقال الشافعى وابو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف فى عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا فى اكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس فى الاغلب لم يجزه ومن راى انه مما يتصرف فيه الناس اجازه واختلف مالك والشافعى وابو حنيفة والليث فى العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا هو تعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقى من المال . وقال المزنى عن الشافعى ليس له الا أجرة مثله لانه عمل على فساد .

﴿ القول فى حكم القراض الفاسد ﴾

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه فى واجب عمله على اقوال ، احدها انه يرد جميعه الى قراض مثله وهى رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول اشهب ، والثانى انه يرد جميعه الاجارة مثله وبه قال الشافعى وابو حنيفة وعبد العزيز بن ابى سلمة من اصحاب مالك وحكى عبد الوهاب انها رواية عن مالك. والثالث انه يرد الى قراض مثله ما لم يكن اكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى او من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض او الاكثر من قراض مثله او من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع انه يرد الى قراض مثله فى كل منفعة اشترطها احد المتقارضين على صاحبه فى المال مما ليس ينفرد احدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله فى كل منفعة اشترطها احد المتقارضين خالصة لمشترطها

مما ليست فى المال وفى كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم واصبغ واختاره ابن حبيب. واما ابن القاسم فاختلف قوله فى القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر . قال ان فيها اجرة المثل وفى بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس فى تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه اجرة المثل الا تلك التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى اجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على ان لك فى المال شركا واذا اختلف المتقارضان واتيا بما لا يشبه تحلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد او على ان لا يشترى الا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما امر به وهذه المسائل يجب ان ترد الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها احدهما على الآخر رد الى اجرة المثل والاشبه ان يكون الامر فى هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان فى المال ربح او لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شئ له .

﴿ فى اختلاف المتقارضين ﴾ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال فى تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده فى جميع دعاويه اذا اتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا اتى بما لا يشبه وقال ابو حنيفة واصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان ويكون له اجرة مثله * وسبب اختلاف مالك وابى حنيفة اختلافهم فى سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه اولانه فى الاغلب اقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه اقواهما شبهة فى الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن واما الشافعى فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين فى ثمن السلعة وهذا كاف فى هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب المساقات ﴾

(القول فى المساقاة) اما اولا ففى جوازها والثانى فى معرفة الفساد والصحة فيها والثالث فى احكامها .

﴿ القول فى جواز المساقاة ﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وابو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا ابى حنيفة واحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق ومن الاجارة المجهولة وقال ابو حنيفة لاتجوز المساقاة اصلا وعمدة الجمهور فى اجازتها حديث ابن عمر الثابت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وارضها على ان يعملوها من اموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته انه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك ايضاً من مرسل سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر اقركم على ما اقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبدالله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله ايضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما ابو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع واليهود اليهود يحتمل ان يكون اقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون اقرهم على انهم ذمة الا انا اذا انزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه بيع مالم يخلق وايضاً فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبدالله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى واضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الارض ببعض مايخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث او انه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص ايضاً فى بعض

روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول فى صحة المساقاة ﴾ والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى أركانها وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى أركانها واركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها .

﴿ الركن الاول فى محل المساقاة ﴾ واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لاتكون المساقاة الا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز فى شئ من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعى فانما أجازها فى الكرم من قبل ان الحكم فى المساقاة هو بالخرص وقد جاء فى حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص فى النخل والكرم وان كان ذلك فى الزكاة فكانه قاس المساقاة فى ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيباً كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبدالرحمن بن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوزان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وقال الشافعى وأهل الظاهر لاتجوز المساقاة الا فى الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها فى المساقاة اشترط جزأ خارجاً منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فما دونه أعنى ان يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز ان

يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً أعنى على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها فى حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم فى المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة فى البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها

﴿ الركن الثاني ﴾

وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية أما مالك فقال فى الموطا السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وابار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الأان مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعى لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير فى اصلاح الثمر وعمل له تأثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فأما الذى ليس له تأثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشئ اليسير منه . وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر وأما ماله تأثير فى اصلاح

الثمر ولا يتأبد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما اشبه ذلك واجمعوا على ان ما كان فى الحائط من الدواب والعبيد انه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . واما ان اشترط فيها مالم يكن فى الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لا بأس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من اصحاب مالك . وقال محمد بن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن اجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك اظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ما يعمل بيده ان ذلك لا يجوز لانها اجارة بما لم يخلق فهذه هى صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

﴿ الركن الثالث ﴾

واجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من اجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل فى القراض وقد قيل ان ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط احدهما على صاحبه زيادة دراهم او دنانير ولا شيئاً من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشئ اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقى على حائطين احدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام فى خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف واكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى فى الثمر لا تكون الا بالكيل وكذلك فى الشركة وانها لا تجوز بالخرص واجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف فى ذلك اصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار فى الربوية ويجوز فى غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من اجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص فى الزكاة وفيه ضعف واقوى ما اعتمدوا عليه

فى ذلك ماجاء من الخرص فى مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار .

﴿ الركن الرابع ﴾

واما اشتراط الوقت فى المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط فى جواز المساقاة ووقت هو شرط فى صحة العقد وهو المحدد لمدتها . فاما الوقت المشترط فى جواز عقدها فانهم اتفقوا على انها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا فى جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على انه لايجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من اصحاب مالك لابأس بذلك واختلف قول الشافعى فى ذلك فمرة قال لايجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه انها لاتجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة مابدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه فى ذلك الوقت قالوا وانما هى اجارة ان وقعت وحجة من اجازها انه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهى بعد بدو الصلاح اجوز ومن هذا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها اعنى عند الجمهور . واما الوقت الذى هو شرط فى مدة المساقاة فان الجمهور على انه يجوز ان يكون مجهولا اعنى مدة غير مؤقتة واجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم اهل الظاهر وعمدة الجمهور مايدخل فى ذلك من الغرر قياساً على الاجارة وعمدة اهل الظاهر ماوقع فى مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم اقركم مااقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالاهلة . واما اللفظ شرط فى هذا العقد فاختلفوا فى ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد الى بلفظ المساقاة وانه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعى وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون .

﴿ القول فى احكام الصحة ﴾

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذى ينعقد بالعمل لا باللفظ . وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا امناء وعليه العمل ان ابى الورثة من تركته . وقال الشافعى اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال اجرة ماعمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة . وقال الشافعى تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شئ استؤجر من حظه من الثمر واذا كان

العامل لصاً اوظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعى انه قال يلزمه ان يقيم غيره للعمل . وقال الشافعى اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضى عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك ان يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله فى الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل فى مقدار ماوقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا اتى بما يشبه . وقال الشافعى يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين فى حق العامل لانه مؤتمن ومن اصله ان اليمين تجب على اقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التى اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هى هذه التى ذكرناها

﴿ احكام المساقاة الفاسدة ﴾

واتفقوا على ان المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع انها تنفسخ مالم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل انها ترد الى اجارة المثل فى كل نوع من انواع الفساد وهو قياس قول الشافعى وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل انها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . واما ابن القاسم فقال فى بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفى بعضها الى اجارة المثل واختلف التأويل عنه فى ذلك فقيل فى مذهبه انها ترد الى اجارة المثل الا فى اربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ، احداها المساقاة فى حائط فيه ثمر قد اطعم ، والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال ان يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع فى صفقة واحدة ، والرابعة اذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل ان الاصل عنده فى ذلك ان المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل مادخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل ان يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه احدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى اجرة المثل مثل ان يساقيه على ان يزيد احدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك ان هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل ان يخلق . واما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفى المسئلة قول رابع وهو انه يرد الى مساقاة مثله مالم يكن اكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى او اقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما

﴿ كتاب الشركة ﴾

والنظر فى الشركة فى انواعها وفى اركانها الموجبة للصحة فى الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب مااتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ماقصدناه فى هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على اربعة انواع . شركة العنان . وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهى شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا فى بعض شروطها على ماسيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها او مختلف فى بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها.

﴿ القول فى شركة العنان ﴾

واركان هذه الشركة ثلاثة . الاول فى محلها من الاموال . والثانى فى معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث فى معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال.

﴿ الركن الاول ﴾

فأما محل الشركة فمنه مااتفقوا عليه ومنه مااختلفوا فيه فاتفق المسلمون على ان الشركة تجوز فى الصنف الواحد من العين اعنى الدنانير والدراهم وان كانت فى الحقيقة بيعاً لاتقع فيه مناجزة ومن شرط البيع فى الذهب وفى الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى فى الشركة وكذلك اتفقوا فيما اعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا فى الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من احدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوى اذا كان صنفاً واحداً فهاهنا ثلاث مسائل.

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فأما اذا اشتركا فى صنفين من العروض أو فى عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه انه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك ان يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع

جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر فى العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعى يقول لاتنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعى يشير الى أن الشركة مثل القراض لاتجوز الا بالدراهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما ان كان الصنفان ممالايجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف فى ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لمايدخل الشركة بالدراهم من عند احدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها فى الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك فى أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى ان الاصل هو ان لايقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك ان الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء فى الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم فى جنس محل الشركة واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط او لايختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حساً واما حكما مثل أن يكونا فى صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعى لاتصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطاً لايتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى فى انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف فى المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول فى هذا الركن وفى شروطه .

﴿ فاما الركن الثانى ﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤس الاموال أعنى ان كان اصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوزان يختلف رؤس اموالهما ويستويان فى الربح فقال مالك والشافعى

ذلك لايجوز وقال اهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما انه لواشترط احدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشريكين اعنى ان المنفعة بينهما تكون على نسبة اصل الشركة وعمدة اهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك انه لما جاز فى القراض ان يكون للعامل من الربح مااصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الاعملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالامن كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون فى العمل كما يتفاوتون فى غير ذلك .

﴿ واما الركن الثالث ﴾ الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه وهو عند ابى حنيفة يعتبر مع المال واظن ان من العلماء من لايجيز الشركة الا ان يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون ان العمل فى الغالب مستو فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على احدهما فى العمل ولهذا قال ابن المنذر اجمع العلماء على جواز الشركة التى يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالامثل مال صاحبه من نوعه اعنى دراهم اودنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرامالا واحداً لايتميز على ان يبيعا ويشتريا مارأيا من انواع التجارة وعلى ان ماكان من فضل فهو بينهما بنصفين وماكان من خسارة فهو كذلك وذلك اذاباع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على ان فيه خلافا والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركاء ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

﴿ القول فى شركة المفاوضة ﴾

واختلفوا فى شركة المفاوضة فاتفق مالك وابو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا فى بعض شروطها وقال الشافعى لايجوز ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع انواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولايجوز ان تكون الفروع مشتركة الابا شتراك اصولها واما اذا شترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه فى ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لايجوز وهذه صفة شركة المفاوضة واما مالك فيرى ان كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر فى الجزء الذى بقي فى يده والشافعى يرى ان الشركة ليست

هى بيعاً ووكالة واما ابو حنيفة فهو هاهنا على اصله فى انه لايراعى فى شركة العنان الا النقد فقط واما مايختلف فيه مالك وابو حنيفة من شروط هذه الشركة فان ابا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى فى رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال ابو حنيفة لايكون لاحدهما شئ الاان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الامرين اعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

﴿ القول فى شركة الابدان ﴾

وشركة الابدان بالجملة عند ابى حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لابالاعمال لان ذلك لاينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين فى الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وماروى من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبى صلى الله عليه وسلم عليهما وايضاً فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعى ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال ابو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولايشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين اواختلاف المكان وعمدة ابى حنيفة جواز الشركة على العمل .

﴿ القول فى شركة الوجوه ﴾

وشركة الوجوه عند مالك والشافعى باطلة وقال ابو حنيفة هى جائزة وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولامال وعمدة مالك والشافعى ان الشركة انما تتعلق على المال اوعلى العمل وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع مافى ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولاعمل مخصوص وابو حنيفة يعتمد انه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

القول فى احكام الشركة الصحيحة

وهى من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة اى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا فى العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى انه نظر لهما . واما من قصر فى شئ او تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشئ المعيب فى الشراء واقرار احد الشريكين فى مال يتهم عليه لا يجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن احد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيما عليه فى مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)

كتاب اشفعة

والنظر فى الشفعة اولا فى قسمين * القسم الاول فى تصحيح هذا الحكم وفى اركانه * القسم الثانى فى احكامه .

القسم الاول

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد فى ذلك من الاحاديث الثابتة ، واركانها اربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

الركن الأول

وهو الشافع ذهب مالك والشافعى واهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم وقال اهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذى لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا

بقيت فى الطرق أو فى الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال اهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة اهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبدالرحمن وسعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر ايضا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وابوداود وكان احمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن ابى سلمة بن عبدالرحمن عن مالك اصح ما روى فى الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك احب الى اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب فى اسناده توهيناً له وقد روى عن مالك فى غير الموطأ عن ابن شهاب عن ابى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ما ذكر فيه من انه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى ان لا تكون واجبة للجار وايضاً فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة اهل العراق حديث ابن رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبه وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذى وابوداود عنه عليه السلام انه قال : جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم ايضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً فى الجار وجب ان يلحق به ولاهل المدينة ان يقولوا وجود الضرر فى الشركة اعظم منه فى الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى ان لا يخرج ملك احد من يده الا برضاه وان من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار فى هذا الباب فوجب ان يرجح ما شهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

الركن الثانى

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على ان الشفعة واجبة فى الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها فى ثلاثة انواع ، احدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين والثانى ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل ما دام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو ان يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم ، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار

وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا واما ماعدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لاشفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصة الدار واختلف عنه فى اكرية الدور وفى المساقاة وفى الدين هل يكون الذى عليه الدين احق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبدالعزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لاشفعة فى الدين ولم يختلفا فى ايجابها فى الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار ان لاشفعة الا فى العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل واجازها فى العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا فى العرصة وفى الطريق وفى البئر وخالفاه جميعا فى الثمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العقار ماورد فى الحديث الثابت من قوله عليه السلام: الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به. وأما عمدة من اجازها فى كل شئ فما اخرجه الترمذى عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود فى كل شئ وان كان فى العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى : لاشفعة فى بئر ومالك حمل هذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل فى الارض الموات لا التى تكون فى أرض متملكة .

﴿ الركن الثالث ﴾

واما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عند من يرى الشفعة للجار واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق. واما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها الان فى بعضها فلا يبيع حتى يستأذن

شريكه. واما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية انها اعتبرت الضرر فقط واما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند ابى حنيفة ولا الشافعى اما ابو حنيفة فلان الشفعة عنده فى المبيع فقط واما الشافعى فلان هبة الثواب عنده باطلة واما مالك فلا خلاف عنده وعند اصحابه فى أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على ان المبيع الذى بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وابانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من اصحاب مالك واختلف فى الشفعة فى المساقاة وهى تبديل ارض بارض فعن مالك فى ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك او الاجانب فلم يرها فى الاشراك ورآها فى الاجانب .

﴿ الركن الرابع فى الاخذ بالشفعة ﴾

والنظر فى هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على انه يأخذ فى البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى اجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل او يأخذ المبيع بالثمن حالا او هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا او يأتى بضامن ملئ وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت فى ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى فى يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة فى سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى فى خلع واما ان يكون معطى فى شئ يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشئ الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشئ محدود القدر بالشرع اخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص فى موضحة وجبت عليه او منقلة فانه يأخذه بدية الموضحة او المنقلة .

واما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً او اكثر والمشفوع عليه ايضاً لا يخلو أن يكون واحداً او اكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل او يدع . واما اذا كان المشفوع عليه

واحداً والشفعاء اكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك فى موضعين ، احدهما فى كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثانى اذا اختلفت اسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضاً عن الشفعة ام لا مثل أن يكون بعضهم شركاء فى المال الذى ورثوه لانهم اهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبة .

﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾

وهى كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعى وجمهور اهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من اصل المال الثلث مثلا اخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع اخذ الربع وقال الكوفيون هى على عدد الرؤس على السواء وسواء فى ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل اصله الاكرية فى المستأجرات المشتركة والربح فى شركة الاموال وايضاً فان الشفعة انما هى لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى فى ذلك اهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم فى نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء فى العبد يعتق بعضهم نصيبه انه يقوم على المعتقين على السوية اعنى حظ من لم يعتق

(واما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة فى الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك اهل السهم الواحد احق بالشفعة اذا باع احدهم من الاشراك معهم فى المال من قبل التعصيب وانه لايدخل ذو والعصبة فى الشفعة اهل السهام المقدرة ويدخل ذو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هى التى تشفع فى ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع احد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال اهل الكوفة لايدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع اهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال اشهب وقال الشافعى فى احد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على

ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال المغيرة من اصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب اعنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام اقعد من العصبة . واما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثانى فقال ابن القاسم اما ان يأخذ الكل أو يدع وقال ابو حنيفة وأصحابه والشافعى له ان يشفع على ايهما أحب وبه قال اشهب . فاما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثانى فان ابا حنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى . واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى فى البيوع فالجمهور على ان للمشترى ان يقول للشريك اما ان تشفع فى الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال اصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقاً للمشترى لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف فى مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فاراد الحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء اخذ او ان شاء ترك واتفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة فى حال البيع او ان تكون ثابتة قبل البيع . فأما المسئلة الاولى وهى اذا لم يكن شريكا فى حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التى لايقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى اشهب ان قول مالك اختلف فى ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار اشهب انه لاشفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه فى اثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه . واما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصاً فى ارض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق

شقص ماهل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق فى ذلك كانت يده عليه اولم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان. واما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب. فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث جابر انه قال: الجار احق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائباً وايضاً فان الغائب فى الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثانى ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها. واما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا فى وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعى وابو حنيفة هى واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وامكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا ان ابا حنيفة قال ان اشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى واما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله فى هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع ابداً الا ان يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل اكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعى بما روى انه عليه الصلاة والسلام: قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعى ان أمدها ثلاثة ايام واما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على ان السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم مالم يظهر من قرائن احواله مايدل على اسقاطه وكان هذا اشبه باصول الشافعى لان عنده انه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به احوال تدل على رضاه ولكنه فيما احسب اعتمد الاثر فهذا هو القول فى اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول فى الاحكام.

﴿ القسم الثانى ﴾

(القول فى احكام الشفعة) وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها مااشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم فى ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه

لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعى واهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسائل فى مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم فى عهدة الشفيع هل هى على المشترى اوعلى البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن ابى ليلى هى على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الآخر ان الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقدلها واجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من رأى انها بيع ومن راى انها فسخ اعنى الاقالة واختلف اصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال اشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا احدث المشترى بناء اوغرساً أو ما يشبهه فى الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشترى قيمة مابنى وماغرس وقال الشافعى وابو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه * والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرا عليه الاستحقاق وقد بنى فى الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدى قال له ان يأخذه بنقضه او يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع فى مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف فى ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشترى قد اقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به. واما اصحاب مالك فاختلفوا فى هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشترى اذا اتى بما يشبه باليمين فان اتى بما لا يشبه فالقول قول الشفيع وقال اشهب اذا اتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا اتى المشترى بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما احسب اذا اتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا اتى كل واحد منهما بينة وتساوت فى العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معاً ويرجع الى الاصل من ان القول قول المشترى مع يمينه وقال اشهب البينة بينة المشترى لانها زادت عليها.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب القسمة ﴾

و الاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (واذا حضر القسمة اولوا القربى) و قوله (مما قل منه او كثر نصيباً مفروضا) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما دار قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وايمادار ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام * والنظر فى هذا الكتاب . فى القاسم ، والمقسوم عليه ، والقسمة * والنظر فى القسمة فى ابواب . الباب الاول فى انواع القسمة الثانى فى تعيين محل نوع نوع من انواعها اعنى مايقبل القسمة ومالا يقبلها وصفة القسمة فيها و شروطها اعنى فيما يقبل القسمة . الثالث فى معرفة احكامها .

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر فى القسمة ينقسم اولا الى قسمين ٠ قسمة رقاب الاموال . والثانى منافع الرقاب .

﴿ القسم الأول من هذا الباب ﴾

فاما قسمة الرقاب التى لاتكال ولا توزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة اقسام . قسمة قرعة بعد تقويم و تعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل . واماما يكال اويوزن فبالكيل والوزن .

﴿ القسم الثانى ﴾

واما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة اقسام * مالا ينقل ولا يحول وهى الرباع والاصول * وما ينقل ويحول وهذا ان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض واما مكيل اوموزون ففى هذا الباب ثلاثة فصول . الاول فى الرباع . والثانى فى العروض والثالث فى المكيل والموزون .

﴿ الفصل الاول ﴾

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضى وبالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق اهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لاتخلو ان تكون فى محل واحد اوفى محال كثيرة فاذا كانت فى محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى اجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف فى ذلك مالك واصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى احدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الامالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من اصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعى. وعمدتهم فى ذلك قوله تعالى (مما قلّ منه أو كثر نصيباً مفروضا) وقال ابن القاسم لايقسم الا ان يصير لكل واحد فى حظه ماينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لايراعى فى ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ماينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك او كانت اقل وقال مطرف من اصحابه ان لم يصر فى حظ كل واحد ماينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ماينتفع به وفى حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل اوالكثير وقيل يجبران دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبران دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة اخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك احد الشريكين وبه قال اشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قول الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لاضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى (مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن ابيه : لاتعضية على اهل الميراث الا ماحمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم واما اذا كانت الرباع اكثر من واحد فانها لاتخلو ايضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار فى ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة وقال ابو حنيفة والشافعى بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه اقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثانى ان كل عقار قائم بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة فى النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة اقوال . واما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها

حوائط ومنها ارض فلا خلاف انه لا يجمع فى القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق فى المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزابنة . واما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين اصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتل لذلك لانه يؤدى الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء التمر الذى لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقدا واما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط ان يشترط احدهما على الآخر ان ماوقع من الثمر فى نصيبه فهو داخل فى القسمة وما لم يدخل فى نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة فى ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان احدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التى وقعت له فى القسمة بحظه من الثمرات التى وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان فى سهامها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على اقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة اجزاء من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت فى بطائق اسماء الاشراك واسماء الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها وقيل يرمى بالاسماء فى الجهات فمن خرج اسمه فى جهة اخذ منها فان كان اكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هى حال قرعة السهم فى الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء فى القسمة تطيبا لنفوس المتقاسمين وهى موجودة فى الشرع فى مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذى جاء فيه ان رجلا اعتق ستة اعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . واما القسمة بالتراضى سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز فى الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم فى البيوع .

﴿ الفصل الثانى فى العروض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا اذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع واراد احدهما ان يبيع صاحبه معه فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك فان اراد احدهما

ان يأخذه بالقيمة التى اعطى فيها أخذه وقال اهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضى ان لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب او سنة او اجماع وحجة مالك ان فى ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا فى غير ما موضع انه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء. واما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا فى قسمتها بالتعديل والسهمة فأجازها مالك واصحابه فى الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك فى تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره اشهب بما لا يجوز تسليم بعضه فى بعض . واما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه فى بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل ان مذهبه ان القسمة فى ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها ان القسمة عنده اشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى انه يجمع فى القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان واجاز اشهب جمع صنفين فى القسمة بالسهمة مع التراضى وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمى والمكيل أيضاً لا يخلو ان يكون صبرة واحدة او صبرتين فزائداً فان كان صنفاً واحدا فلا يخلو ان تكون قسمته على الاعتدال بالكيل او الوزن اذا دعا الى ذلك احد الشريكين ولا خلاف فى جواز قسمته على التراضى على التفضيل البين كان ذلك من الربوى او من غير الربوى اعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن . واما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز فى المكيل ويجوز فى الموزون ويدخل فى ذلك من الخلاف ما يدخل فى جواز بيعه تحريا واما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع الا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدركم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان اصل مذهبه انه يحرم التفاضل فى الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير . واما ان كان مما يجوز

فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف او الصنجة المعروفة اعنى على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضاء واما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

﴿ القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع ﴾

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من اباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب ابو حنيفة واصحابه الى انه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمهاياة وذلك اما بالازمان واما بالاعيان اما قسمة المنافع بالازمان فهو ان ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه . واما قسم الاعيان بأن يقسما الرقاب على ان ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك ايضاً فيما ينقل ويحول او لا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك واصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع واما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد واما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر واكثر من الشهر قليلا واما التهايؤ فى الاعيان بأن يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا دارا تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى انواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام .

(القول فى الاحكام)

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها والطوارئ ثلاثة غبن او وجود عيب او استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ الا فى قسمة القرعة باتفاق فى المذهب الا على قياس من يرى له تأثيراً فى البيع فيلزم على مذهبه ان يؤثر فى القسمة. واما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم ان يجد العيب فى جل نصيبه أو فى اقله فان وجده فى جل نصيبه فانه لا يخلو ان يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات اولم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة واخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى اصلها وان كان العيب فى اقل ذلك رد ذلك الاقل على اصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه اولم يفت و رجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع فى شئ مما فى يديه و ان كان قائما بالعيب و قال اشهب و الذى يفيت الرد قد تقدم فى كتاب البيوع . وقال عبدالعزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التى بالقرعة ولا يفسخ التى بالتراضى لان التى بالتراضى هى بيع وأما التى بالقرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب ان تفسخ بالرد بالعيب و حكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما فى يديه و ان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما فى يديه و ان كان يسيراً رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشئ . وقال محمد اذا استحق ما فى يد احدهما بطلت القسمة فى قسمة القرعة لانه قد تبين ان القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون فى العيب واما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة او طرو الوصية او طرو وارث فان اصحاب مالك اختلفوا فى ذلك فأما ان طرأ الدين قيل فى المشهور فى المذهب و هو قول ابن القاسم ان القسمة تنتقض الا ان يتفق الورثة على ان يعطوا الدين من عندهم و سواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم اولم تكن هلكت بأمر من السماء اولم تهلك وقد قيل ايضاً ان القسمة انما تنتقض بيد من بقى فى يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء واما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشئ من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد اداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين) وقيل بل تنتقض الا فى حق من اعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرو الموصى له

على الورثة. واماطر والوارث على الشركة بعد القسمة وقبل ان يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيلا اوموزونا وان كان حيوانا اوعروضاً انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف فى يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لايضمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) والنظر فى هذا الكتاب فى الاركان وفى الشروط وفى الاحكام والاركان هى النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشئ الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

(الركن الاول)

فاما الراهن فلا خلاف ان من صفته ان يكون غير محجور عليه من اهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة ويرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهن فى مال اسلفه لم يجز وبه قال الشافعى واتفق مالك والشافعى على ان المفلس لايجوز رهنه وقال ابو حنيفة يجوز واختلف قول مالك فى الذى احاط الدين بماله هل يجوز رهنه اعنى هل يلزم ام لايلزم فالمشهور عنه انه يجوز اعنى قبل ان يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه ام لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً

(الركن الثانى)

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط ، الاول ان يكون عيناً فانه لايجوز ان يرهن الدين ، الثانى ان لايمتنع اثبات يد الراهن والمرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولايقرا فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع ، الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن مالايحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولايباع عنده فى اداء الدين الا اذا بدا اصلاحه وان حل اجل الدين وعن الشافعى

قولان فى رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال ابو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لاعند مالك ولاعند الشافعى بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره فى يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم اقره المغصوب منه فى يده رهناً فقال مالك يصح ان ينتقل الشئ المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشئ المغصوب رهناً فى يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا فى رهن المشاع فمنعه ابو حنيفة واجازه مالك والشافعى والسبب فى الخلاف هل تمكن حيازة المشاع ام لا تمكن

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الشئ المرهون فيه واصل مذهب مالك فى هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن فى جميع الاثمان الواقعة فى جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال فى السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلايجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف فى هذا المعنى وقال قوم من اهل الظاهر لايجوز اخذ الرهن الا فى السلم خاصة اعنى فى المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين فى المبيعات وهو السلم عندهم فكأنهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال فى اول الآية (ياايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه) ثم قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فعلى مذهب مالك يجوز اخذ الرهن فى السلم وفى القرض وفى الغصب وفى قيم المتلفات وفى أروش الجنايات فى الاموال وفى جراح العمد الذى لاقود فيه كالمأمومة والجائفة. واماقتل العمد والجراح التى يقاد منها فيتخرج فى جواز اخذ الرهن فى الدية فيها اذا عفا الولى قولان ، احدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولى مخير فى العمد بين الدية والقود ، والقول الثانى أن ذلك لايجوز وذلك ايضاً مبنى على ان ليس للولى الا القود فقط اذا ابى الجانى من اعطاء الدية ويجوز فى قتل الخطأ اخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز فى العارية التى تضمن ولايجوز فيما لايضمن ويجوز اخذه فى الاجارات ويجوز فى الجعل بعد العمل ولايجوز قبله ويجوز الرهن فى المهر ولايجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا فى الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له

شرائط ثلاث ، احدها ان يكون ديناً فانه لا يرهن فى عين ، والثانى أن يكون واجباً فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك ، والثالث أن لا يكون لزومه متوقعاً ان يجب وان لا يجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

﴿ القول فى الشروط ﴾

واما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن اعنى فى كونه رهناً فشرطان ، احدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض ، والثانى مختلف فى اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على انه شرط فى الرهن لقوله تعالى (فرهان مقبوضة) واختلفوا هل هو شرط تمام او شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن او يمرض او يموت فذهب مالك الى انه من شروط التمام وذهب ابو حنيفة والشافعى واهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وقال بعض اهل الظاهر لا يجوز الرهن الا ان لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى (ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة) ولا يجوز اهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدى عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وانه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة او غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال فى البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض فى صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه فى الصحة ان لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه فى السفر واختلفوا فى الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال اهل الظاهر ومجاهد لا يجوز فى الحضر لظاهر قوله تعالى (وان كنتم على سفر) الآية وتمسك الجمهور بما ورد من انه صلى الله عليه وسلم: رهن فى الحضر والقول فى استنباط منع الرهن فى الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب. واما الشرط المحرم

الممنوع بالنص فهو ان يرهن الرجل رهناً على انه ان جاء بحقه عند اجله والا فالرهن له فاتفقوا على ان هذا الشرط يوجب الفسخ وانه معنى قوله عليه السلام: لا يغلق الرهن.

﴿ القول فى الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول فى الاحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق فى الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن فى الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما فى ذلك وذلك اما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق . اما حق المرتهن فى الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه اعنى انه اذا رهنه فى عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن باسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفى حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور انه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوساً بكل جزء منه اصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثانى ان جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه اصله الكفالة (ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم فى نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة فى الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل فى الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل شئ منه فى الرهن اعنى الذى يحدث منه فى يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعى وذهب آخرون الى ان جميع ذلك يدخل فى الرهن وممن قال بهذا القول ابو حنيفة والثورى وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل فى الرهن كولد الجارية مع الجارية . واما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل فى الرهن كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى ان نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك انه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب اى يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح ايضاً ان يكون معناه ان المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا ان يكون المعنى فى ذلك ان اجرة ظهره لربه ونفقته عليه

واستدلوا ايضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على مارضيه رهناً فوجب ان لايكون له الا بشرط زائد وعمدة ابى حنيفة ان الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم امه فى التدبير والكتابة . واما مالك فاحتج بان الولد حكمه حكم امه فى البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد فى ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك ان الثمر لايتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على ان ليس للمرتهن ان ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر مايعلفه وينفق عليه وهو قول احمد واسحق واحتجوا بما رواه ابو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن امانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه انه مافرط فيه وماجنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى واحمد وابو ثور وجمهور اهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول ابو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم من رأى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته وقيمة الدين وبه قال ابو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وانه ان فضل للراهن شئ فوق دينه اخذه من المرتهن وبه قال على بن ابى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين مالا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لايخفى هلاكه وبين مايغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لايغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا ان مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك مايغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لايضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعى قال اشهب وعمدة من جعله امانة غير مضمون حديث سعيد ابن المسيب عن ابى هريرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لايغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه اى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن امانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من اصحاب الشافعى محتجاً له قد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وماظهر هلاكه امانة فوجب ان يكونه كله كذلك وقد قال ابو حنيفة ان مازاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو امانة فوجب ان يكون كله امانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة

والسلام : الرهن مركوب ومحلوب اى اجرة ظهره لربه ونفقته عليه . واما ابو حنيفة واصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه ان غنمه مافضل منه على الدين وغرمه مانقص وعمدة من راى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق فى يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك . واما تفريق مالك بين مايغاب عليه وبين مالا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك ان التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لايغاب عليه وقد اختلفوا فى معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيرا فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لايجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وانه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وامة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة اقوال الرد والاجازة والثالث مثل قول مالك . واما اختلاف الراهن والمرتهن فى قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن اقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار القول فى قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب ان تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة تنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن اصوله ان يحلف اقوى المتداعيين شبهة وهذا لايلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته اكثر من المرهون فيه واما اذا تلف الرهن واختلفوا فى صفته فالقول ههنا عند مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ماادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتهن يمين الا ان ينا كره الراهن فى اتلافه واما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن فى قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عنده

مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا فى الامرين جميعاً اعنى فى صفة الرهن وفى مقدار الرهن كان القول قول المرتهن فى صفة الرهن وفى الحق ما كانت قيمته الصفة التى حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا اتفقا فى الحق واختلفا فى قيمة الرهن فى المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية فى غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحجر

والنظر فى هذا الباب فى ثلاثة أبواب ، الباب الاول فى اصناف المحجورين ، الثانى متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون ، الثالث فى معرفة احكام افعالهم فى الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا فى الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعى واهل المدينة وكثير من اهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم واعذر اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من اهل العراق الى انه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لا يبدأ بالحجر عليهم وابو حنيفة يحد فى ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاماً وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر ان الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالباً فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط فى رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر ايناس الرشد قال الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فدل هذا على ان السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ اذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر فى منع التصرف بالمال بدليل تأثيره فى اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجد ان فيه غالباً اعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر فى التكليف اعنى ان يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر فى السفه وهو ان يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء اموالكم) الآية ليس فيها اكثر من منعهم من اموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم فى بابه .

(الباب الثانى)

والنظر فى هذا الباب فى موضعين فى وقت خروج الصغار من الحجر ووقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور واناث وكل واحد من هؤلاء اما ذو أب واما ذو وصى واما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا اب فأما الذكور الصغار ذوو الآباء فاتفقوا على انهم لا يخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وايناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا فى الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم) واختلفوا فى الاناث فذهب الجمهور الى ان حكمهن فى ذلك حكم الذكور اعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى فى ولاية ابيها فى المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك فى هذا اقوال غير هذه قيل انها فى ولاية ابيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة اعوام وحجة مالك ان ايناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال . واما اقاويل اصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس اما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد . واما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه

المدة المحدودة واذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار فى الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه انه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فأما ذوو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية فى المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف او باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف فى ذلك وقد قيل فى وصى الاب انه لا يقبل قوله فى انه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال فى هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب واما ابن القاسم فمذهبه ان الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهى رواية عن مالك وذلك من قوله فى اليتيم لا فى البكر والفرق بين المذهبين ان من يعتبر الولاية يقول افعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم . واما اختلافهم فى الرشد ماهو فان مالكا يرى ان الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف فى ذلك وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم واما المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيهاً متصل السفه او غير متصل السفه معلناً به او غير معلن . واما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشداً جاز والا رده فأما اليتيمة التى لا اب لها ولا وصى فان فيها فى المذهب قولين ، احدهما ان افعالها جائزة اذا بلغت المحيض ، والثانى ان افعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر فى هذا الباب فى شيئين ، احدهما ما يجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا فكيف حكم افعالهم فى الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير اب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلوا الحجر من الصغر واما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف

فى المذهب فى انه لا يجوز له فى ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان اذن له الاب فى ذلك او الوصى فان اخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولى فان رآه رشداً أجازه والا ابطله وان لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر فى ذلك وان عمل فى ذلك حتى يلى امره كان النظر اليه فى الاجازة او الرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولى ان يفعله هل له ان ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق او نماء فيما باعه او نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد فى ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما افسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به فى صغره واختلف فيما حنث فيه فى كبره و حلف به فى صغره فالمشهور انه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لا يحلف و روى عن مالك والليث انه يحلف و حال البكر ذات الاب و الوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فاما السفيه البالغ فجمهور العلماء على ان المحجور اذا طلق زوجته او خالعها مضى طلاقه و خلعه الا ابن ابى ليلى وابا يوسف وخالف ابن ابى ليلى فى العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور انه لا ينفذ . واما وصيته فلا اعلم خلافا فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شئ من المعروف الا ان يعتق ام ولده فيلزمه عتقها وهذا كله فى المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير . واما ما يفعله بعوض فهو ايضاً موقوف على نظر وليه ان كان له ولى فان لم يكن له ولى قدم له فان رد بيعه الولى وكان قد اتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشئ وكذلك ان اتلف عين المبيع واما احكام افعال المحجورين او المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى اربعة احوال . فمنهم من تكون افعاله كلها مردودة وان كان فيها ماهو رشد . ومنهم ضد هذا وهو ان تكون افعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ماهو سفه . ومنهم من تكون افعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا ايضاً وهو ان تكون افعاله كلها محمولة الرشد حتى يتبين سفهه فأما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيراً من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل ابيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب

سحنون. واما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة ابيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى ان افعالها مردودة. واما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس او التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هى جمل ما فى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب التفليس ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيما هو الفلس وفى احكام المفلس (فنقول) ان الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين ، احدهما ان يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه ، والثانى ان لا يكون له مال معلوم اصلا وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى احكامها فاما الحالة الاولى وهى اذ ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم ان يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم ام ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على اى نسبة اتفقت اولمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفى بدينه فأبى ان ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم ام يحبسه حتى يعطيهم بيده ماعليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه او غريمه ان كان مليا او يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه ان يتصرف فيه وبه قال مالك والشافعى وبالقول الآخر قال ابو حنيفة وجماعة من اهل العراق حجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل انه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث ابى سعيد الخدرى ان رجلا اصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر فى القضاء على الرجل المفلس فى حبسه وقوله فيه . اما بعد ايها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضى من دينه وامانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضاً فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وايضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه اعدل والله اعلم واما حجج الفريق الثانى الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ماعليه او يموت محبوسا فيبيع القاضى حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء . فمنها حديث جابر بن عبدالله حين استشهد ابوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا منى حائطى ويحللوا ابى فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطى قال ولكن ساغدو عليك قال فغدا علينا حين اصبح فطاف بالنخل فدعا فى ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وبما روى ايضا انه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه اربع سنين بما لهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها اصل فى دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لىّ الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هى حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيماذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة فى ماله وفى أى شئ من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال فى وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شئ من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له ان يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين او الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة فى العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة فى انفاقه فى عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك فى قضاء بعض غرمائه دون بعض وفى رهنه. واما الجمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى

نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره فى كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذالم يكن فيه محاباة ولايجوزه للمحجور عليه واما حاله بعد التفليس فلايجوزله فيهاعند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولااعطاء. ولايجوز اقراره بدين فى ذمته لقريب ولا بعيد قيل الاان يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منهاليه تقاض واختلف فى اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثةاقوال فى المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين ان يكون على اصل القراض اوالوديعة بينة اولا تكون فقيل انكانت صدق وانلم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب فى ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس املا فذهب مالك الى أن التفليس فى ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهورالعلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينهقد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الابعدقضاء الدين فالورثة فى ذلك بين احد امرين اماأن لايريدوا ان يؤخروا حقوقهم فى المواريث الى محل اجل الدين فيلزم ان يعجل الدين حالا واماان يرضوا بتأخيرميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة فى التركة خاصة لافى ذممهم بخلاف ماكان عليه الدين قبل الموت لانهكان فى ذمت الميت وذلك يحسن فى حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انهان رضى الغرماء بتحمله فى ذممهم ابقيت الديون الى اجلها وممن قال بهذاالقول ابن سيرين واختاره ابو عبيدمن فقهاء الامصار لكن لايشبه الفلس فى هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلاالذمتين قدخربت ذمته فانذمةالمفلس يرجى الملاءلهابخلاف ذمة لميت.

واماالنظر فيما يرجع بهاصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ماكان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يقبض ثمنه فاختلف فى ذلك فقهاء الامصار على اربعة اقوال الاول ان صاحب السلعة احق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعى واحمد وابو ثور والقول الثانى ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت اقل من الثمن خيرصاحب السلعة بين انيأخذها اويحاص الغرماء وانكانت اكثر اومُساوية للثمن اخذها بعينها وبه قال مالك واصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فانكانت قيمتها مساوية للثمن اواقل منه قضى لهبها اعنى للبائع وانكانت اكثر دفع اليهمقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى وبهذاالقول قال جماعة من اهل الاثر والقول الرابع انهاسوة الغرماء فيها على كل حال وهوقول ابى حنيفة

واهل الكوفة والاصل فى هذه المسئلة ماثبت من حديث ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل افلس فادرك الرجل ماله بعينه فهواحق به من غيره وهذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهوالفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية واكثر مافى ذلك ان ياخذ الثمن الذى باعهابه فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء اكثرمن ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك . واما اهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبرالواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبرالواحدمظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنالندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث ابى هريرة مختلف فيه وذلك ان الزهرى روى عن ابى بكر بن عبد الرحمن عن ابى هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل مات أوأفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث اولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهوحمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا ان الجمهوردفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث ابى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون اهل الحجازواهل العراق ان صاحب السلعة أحق بها لانها فى ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء رد ماقبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته . وقال الشافعى بل يأخذ مابقى من سلعته بما بقى من الثمن وقالت جماعة من اهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئاً فهواسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن ابى بكربن عبدالرحمن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ايما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئاً فوجده بعينه فهوأحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان ارسله مالك فقداسنده عبدالرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن ابى هريرة فيه زيادة بيان وهوقوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئاً فهواسوة الغرماء ذكره ابو عبيد فى كتابه فى الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة اوبعضها فى الحكم واحد ولم يختلفوا انه اذافوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار

الذى أدرك من سلعته الا عطاء فانه قال اذافوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء واختلف الشافعى ومالك فى الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو فى الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس. وقال الشافعى الامر فى ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن ابن شهاب عن ابى بكر وهو نص فى ذلك وايضاً من جهة النظر ان فرقا بين الذمة فى الفلس والموت وذلك ان الفلس ممكن ان تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور فى الموت . واما الشافعى فعمدته ما رواه ابن ابى ذئب بسنده عن ابى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ايما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع احق به فسوى فى هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن ابى ذئب اولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه لمالكه الا بعد اداء ما عليه فأشبه مال المفلس وقياس مالك اقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن ابى ذئب من جهة ان موافقة القياس له اقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو اقوى مما وافقه قياس الشبه اعنى ان القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق فسبب الخلاف تعارض الآثار فى هذا المعنى والمقاييس وايضاً فان الاصل يشهد لقول مالك فى الموت اعنى ان من باع شيئاً فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله اقوى فى هذه المسئلة والشافعى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد احدث زيادة مثل ان تكون ارضاً يغرسها او عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما احدث المشترى فى سلعته ويأخذها اوان يأخذ اصل السلعة ويحاص الغرماء فى الزيادة وما يكون فوتا مما لا يكون فوتا فى مذهب مالك منصوص فى كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به احق من سائر الغرماء فى الموت والفلس اوفى الفلس دون الموت ان الاشياء المبيعة بالدين تنقسم فى التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه ام لا وعمل لا يتعين فاما العرض فان كان فى يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشترى فهو احق به فى الموت والفلس وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشترى ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرماء فى الفلس دون الموت ولهم عنده ان يأخذوا سلعته بالثمن . وقال الشافعى

ليس لهم وقال اشهب لا يأخذ ونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس . وقال ابن الماجشون ان شؤا كان الثمن من اموالهم اومن مال الغ . وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم . واما العين فهو أحق بها فى الموت أيضاً والفلس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس اومات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض فى الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول اشهب والقولان جاريان على الاختلاف فى تعيين العين واما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء فى الموت والفلس واما العمل الذى لا يتعين فان افلس المستأجر قبل ان يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بما عمله فى الموت والفلس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع فى وقت الفلس وان كان فلسه بعد أن استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعاً على اظهر الاقوال الا ان تكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك فى الموت والفلس جميعاً لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شئ أخرجه فيكون أحق به فى الفلس دون الموت وكذلك الامر عنده فى فلس مكترى الدواب ان استكرى احق بما عليه من المتاع فى الموت والفلس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف فى مذهبه ان البائع احق بما فى يديه فى الموت والفلس واحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده فى الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء فى سلعته اذا فاتت وعند ما يشبه حال الاجير عند اصحاب مالك بالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها فى الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو احق بها فى الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المنافع فى هذا الباب ببيع الرقاب هو شئ فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن ان قدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى فى هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم فى العبد المفلس المأذون له فى التجارة هل يتبع بالدين فى رقبته ام لا فذهب مالك واهل الحجاز الى انه انما

يتبع بما فى يده لافى رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقى عليه ورأى قوم انه يباع وراى قوم ان الغرماء يخيرون بين بيعه وبين ان يسعى فيما بقى عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة بل يلزم سيده ماعليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على مافى يده فاشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التى يجنى واما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه * فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه فى هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معاً باى يبدأ هل بدين العبد ام بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك ثقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو فى الحقيقة للمولى * فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال ألاجنبى او حكم مال السيد واما قدر مايترك للمفلس من ماله فقيل فى المذهب يترك له مايعيش به هو واهله وولده الصغار الايام وقال فى الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك فى كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الانتفاع بها او بغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لايترك الا مايواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا فى بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبنى على كراهية بيع كتب الفقه اولا كراهية ذلك واما معرفة الديون التى يحاص بها من الديون التى لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم اولا الى قسمين أحدهما ان تكون واجبة عن عوض والثانى ان تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا اوارش جناية فلا خلاف فى المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة واما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة اقسام * احدها ان لايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتى من المدة * والثانى ان لايمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفى فيه مثل ان يكترى الرجل الدار بالنقد أو يكون العرف فيه النقد ففلس المكترى قبل ان يسكن او بعد ماسكن بعض السكنى وقبل ان يدفع الكراء * والثالث ان يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا فلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال * والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان يدفعها اليه البائع * والخامس ان لايكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى

الرجل دنانير فى عروض الى اجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل اجل السلم فاما الذى لايمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا فى مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول واما الذى لايمكنه دفع العوض ويمكنه دفع مايستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما مايمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عيناً فقيل يحاص به الغرماء فى الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو احق به وعلى هذا لايلزمه دفع العوض واما مايمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عيناً واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل اجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك احد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفى العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم واما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها واما ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الآباء والابناء ففيها قولان ، احدهما ان المحاصة لاتجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول اشهب واما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم فى ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد او من اجناس مختلفة اذ كان لايقتضى فى الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفقوا من ذلك على شئ يجوز واختلفوا من هذا الباب فى فرع طارئ وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال اشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم مايحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لايحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل ان يكون المال عيناً والدين عيناً وكلهم روى قوله عن مالك وفرق اصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة فى الموت من الغرماء وفى الفلس من المفلس فهذا هو القول فى اصول احكام المفلس الذى له من المال مالا يفى بديونه واما المفلس الذى لا مال له اصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير فى اسقاط الدين

الى وقت ميسرته الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به احد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه او يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن ابى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس فى الديون وان كان لم يأت فى ذلك اثر صحيح لان ذلك امر ضرورى فى استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام حبس رجلا فى تهمة خرجه فيما احسب ابو داود والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حقاً فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والصلح خير) وما روى عن النبى عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراما او حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وابو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من اكل المال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف فى مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى فى صحته ما يراعى فى البيوع فيفسد بما تفسد به البيوع من انواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير نسيئة وما اشبه هذا من البيوع الفاسدة من قبل الربا والغرر . واما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك واصحابه انه يراعى فيه من الصحة ما يراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك واصحابه وقال اصبغ هو جائز لان المكروه فيه من

الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه اخذ دنانير نسيئة فى دراهم حلت له واما الدافع فيقول هى هبة منى واما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه اما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد انظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله اسلفنى واسلفك واما وجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول ما فعلت انما هو تبرع منى وما كان يجب علىّ شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه اثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لا يجوز فى البيوع هو فى مذهب مالك على ثلاثة اقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الكفالة ﴾

واختلف العلماء فى نوعها وفى وقتها وفى الحكم اللازم عنها وفى شروطها وفى صفة لزومها وفى محلها ولها اسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليست لازمة تشبيهاً بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور فى ذلك هو قوله عليه السلام : الزعيم غارم . واما الحمالة بالنفس وهى التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى فى الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة فى الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم وتعلقوا بان فى ذلك مصلحة وانه مروى عن الصدر الاول . واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضراً او غائباً فقال ان مات حاضراً لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائباً نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها

احضاره فى الاجل المضروب له فى احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والالم يغرم واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ماحكم الحميل بالوجه على ثلاثة اقوال، القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثانى انه يحبس الحميل الى ان يأتى به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل العراق، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان ياتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك ان لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام فى كتابه فى الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدى اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبى عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم فى الحمالة المطلقة . واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فانما عليه ان يحضره او يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال او يحبس فيه كذلك الامر فى ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو احرى ان يكون مغروراً من ان يكون غاراً فاما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف فى هذا فيما احسب لانه كان يكون قد الزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . واما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعى وابو حنيفة واصحابهما والثورى والاوزاعى واحمد واسحق للطالب ان ياخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك فى احد قوليه ليس له ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرئ المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن ابى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له

مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضراً غنيا أو عديما حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال نخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا فى ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا ان النبى صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . واما محل الكفالة فهى الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل اموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح فى قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب او من غير ذلك وروى عن ابى حنيفة اجازة الكفالة فى الحدود والقصاص او فى القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى اعنى كفالة النفس . واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار واما ببينة . واما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والا لم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بينة حاضرة فى المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا ان يدعى بينة حاضرة فى المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكروا الفرق فى ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على احد الا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه او ابطالها * وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين فى ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا اخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال اقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان فباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من ابلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفر لى فقال وغفر الله لك قال وانت فغفر الله لك و قتلك فى سبيله خرج هذا الحديث ابو عبيد فى كتابه فى الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبنى ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما اصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم فى ضمان الميت اذ كان عليه دين و لم يترك و فاء بدينه فأجازه مالك و الشافعى و قال ابو حنيفة لايجوز و استدل ابو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام كان فى صدر الاسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند ابى حنيفة . واما شروط الكفالة فان ابا حنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما ادى عنه ان يكون الضمان باذنه و مالك لايشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكن ذلك لازم وجائز عند مالك واصحابه واما ما تجوز فيه الحمالة بالمال مما لا تجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت فى الذمة الا الكتابة ومالا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيأً فشيأً مثل النفقات على الازواج وماشا كلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد و آله وصحبه وسلم وتسليما

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغنى ظلم واذا احيل احدكم على غنى فليستحل والنظر فى شروطها وفى حكمها فمن الشروط اختلافهم فى اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن راى انها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن انزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم

يحل عليه احداً واما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : واذا أحيل احدكم على ملىء فليتبع والامر على الوجوب وبقى المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها فى الجملة كون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدراً ووصفاً الا أن منهم من اجازها فى الذهب والدراهم فقط ومنعها فى الطعام والذين منعوها فى ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفى لانه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه واجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا . واما ان كان احدهما من سلم فانه لايجوز الا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من اصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعى لانه كالبيع فى ضمان المستقرض وانما رخص مالك فى القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفى . واما ابو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه ام لا والمسئلة مشهورة فى اصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط ، احدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان ديناً بدين ، والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه فى القدر والصفة لانه اذا اختلفا فى احدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاماً من سلم او احدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال اولم تحل اوحل احدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفى كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس اموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى احيل عليه منزلة من احاله ومنزلته فى الدين الذى احاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه او يبيعه له من غيره اعنى انه لا يجوز له من ذلك الا ما يجوز له مع الذى احاله وما يجوز للذى احاله مع الذى احاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض فى طعام من سلم او بطعام من سلم فى طعام من قرض لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض فى طعام من سلم نزل منزلة المحيل فى انه لا يجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم فى طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من

احاله اعنى انه كما انه ماكان يجوزله ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لايجوز أن يبيع الطعام الذى احيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وادلة هذه الفروق ضعيفة . واما احكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الحمالة فى انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشئ قال مالك واصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال ابوحنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً اوجحد الحوالة و لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للحمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة ابواب . الباب الاول فى اركانها وهى النظر فيما فيه التوكيل وفى الموكل والموكل والثانى فى احكام الوكالة ، الثالث فى مخالفة الموكل للوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

(الركن الاول فى الموكل)

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور انفسهم واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا ان لاتكون برزة فمن رأى ان الاصل أن لاينوب فعل الغير عن فعل الغير الا ما دعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لاتجوز نيابة من اختلف فى نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة فى كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لاتصح فيه من العبادات وماجرى مجراها .

(الركن الثانى فى الوكيل)

وشروط الوكيل ان لايكون ممنوعا بالشرع من تصرفه فى الشئ الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح اما عند الشافعى

فلا بمباشرة ولا بواسطة اى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر

(الركن الثالث فيما فيه التوكيل)

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز فى العبادات البدنية وتجوز فى المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك فى الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى فى احد قوليه لاتجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا فى مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لايتضمن وقال ابوحنيفة يتضمن .

(الركن الرابع)

واما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على مانقوله فى احكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شئ دون شئ وذلك انه ان سمى عنده لم ينفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ما سمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثانى فى الاحكام ﴾

واما الاحكام . فمنها احكام العقد ، ومنها احكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل ان يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن ابوحنيفة يشترط فى ذلك حضور الموكل وللموكل ان يعزله متى شاء قالوا الا ان تكون وكالة فى خصومة وقال اصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل ان يعزل نفسه فى الموضع الذى لايجوز ان يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعى وقال ابوحنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعى من شرطه . واختلف اصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كانفساخ بالعزل فمتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة فى حق من عامله فى

المذهب فيه ثلاثة اقوال . انهاتنفسخ فى حق الجميع بالموت والعزل ، والثانى انها تنفسخ فى حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت فى حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ فى حقه . والثالث انها تنفسخ فى حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولاتنفسخ فى حق الوكيل بعلم الذى عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعدالعلم بمزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . واما احكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . احدها اذاوكل على بيع شئ هل يجوزله ان يشتريه لنفسه فقال مالك يجوزوقد قيل عنه لايجوزوقال الشافعى لايجوزوكذلك عندمالك الاب والوصى ومنها اذا وكله فى البيع وكالة مطلقة لم يجزله عند مالك ان يبيع الابثمن مثله نقداً بنقدالبلد ولايجوزان باع نسيئة او بغير نقد البلد اوبغير ثمن المثل وكذلك الامرعنده فى الشراء وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوزفى البيع ان يبيع بغير ثمن المثل وان يبيع نسيئة ولم يجزاذا وكله فى شراء عبدبعينه ان يشتريه الابثمن المثل نقداًويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شئ بعينه لان من حجته انه كما ان الرجل قد يبيع الشئ بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها فى ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد انزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل مايتعدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى انه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئاً واعلم ان الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذى له الدين القبض ضمن الوكيل .

﴿ الباب الثالث ﴾

واما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون فى ضياع المال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون فى دفعه الى الموكل فقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون فى المثمون وقد يكون فى تعيين من امره بالدفع اليه وقد يكون فى دعوى التعدى فاذا اختلفا فى ضياع المال فقال الوكيل ضاع منى وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برئ ولم يلزم الوكيل شئ . واما اذا اختلفا فى الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك

فالقول قول الوكيل . واما اختلافهم فى مقدار الثمن الذى به امره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل تحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم فى مقدار الثمن الذى أمره به فى البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء واما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان المشهور ان القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر . واما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعدوزعم أن الموكل امره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب اللقطة ﴾

والنظر فى اللقطة فى جملتين ، الجملة الاولى فى اركانها ، والثانية فى احكامها

(الجملة الاولى)

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والملتقط ، واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو افضل ام الترك فقال ابو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم ان يحفظ مال اخيه المسلم وبه قال الشافعى وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين ، احدهما ماروى انه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضاً من التقصير فى القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالافضل ان لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مامونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب مايغلب على ظنه من سلامتها اكثر من احد الطرفين وهذا كله ماعدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على انه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة ايضاً

لايجوز التقاطها الالمنشد لورود النص فى ذلك والمروى فى ذلك لفظان أحدهما انه لاترفع لقطتها الالمنشد، الثانى لايرفع لقطتها الامنشد فالمعنى الواحد انها لاترفع الالمن ينشدها والمعنى الثانى لايلتقطها الامن ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعى فى جواز التقاط الكافر قال ابو حامد والاصح جواز ذلك فى دار الاسلام قال وفى اهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم اهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . واما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معروض للضياع كان ذلك فى عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان فى ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل فى اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته انه قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هى لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط مما لايلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون فى العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها فاما الابل فاتفقوا على انها لاتلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وتردد وافى البقر والنص عن الشافعى انها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف

(الجملة الثانية)

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن من الغنم واختلفوا فى حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وابو حنيفة والشافعى وأحمد وأبو عبيد وابو ثور اذا انقضت كان له أن ياكلها ان كان فقيراً او يتصدق بها ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يجيز الصدقة فينزل على ثوابها او يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن ياكلها او ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالا كثيراً جعله فى بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على انه اذا اكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام : فشانك بها ولم يفرق بين غنى وفقير

ومن الحجة لهما مارواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فاتيت النبى صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو انه لايحل مال امرئ مسلم الاعن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشانك بها . قال لايجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يجز صاحب اللقطة الصدقة : ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهى مال من ماله لايضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان . واما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على انها لاتدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا. فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة . وقال ابو حنيفة والشافعى لايستحق الا ببينة . وسبب الخلاف معارضة الاصل فى اشتراط الشهادة فى صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لايحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة فى ذلك الشافعى وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشانك بها يحتمل ان يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون انما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التى نذكرها بعد وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود فى بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لايضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص واما اذا غلط فيها فلا شئ له واما اذا عرف احدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقيل انه لاشئ له الا بمعرفتهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وان غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين . واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا

على ان لواجد ضالة الغنم فى المكان القفر البعيد من العمران ان يا كلها لقوله عليه السلام فى الشاة : هى لك او لاخيك او للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها . وقال مالك فى اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك فى التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ هاهنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشى عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند اصحابه فى ذلك انها على ثلاثة اقسام . قسم يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض . وقسم لا يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان ترك كالشاة فى القفر والطعام الذى يسرع اليه الفساد وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى فى يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة اقسام ، احدها ان يكون يسيراً لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم ان صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والاصل فى ذلك ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة فى الطريق فقال ، لولا ان تكون من الصدقة لا كلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ، والثانى ان يكون يسيراً الا ان له قدراً ومنفعة فهذا الاختلاف فى المذهب فى تعريفه واختلفوا فى قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل اياما ، واما الثالث فهو ان يكون كثيراً أو له قدر فهذا الاختلاف فى وجوب تعريفه حولا . واما القسم الثانى وهو ما لا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنياً او فقيراً وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر ان لا ضمان واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد فى الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين ان يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . واما القسم الثالث فهو كالابل اعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد فى ذلك فان اخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل فى المذهب هو عام فى جميع الازمنة وقيل انما هو فى زمان العدل وان الافضل فى زمان غير العدل التقاطها. واما ضمانها فى الذى تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها فهلكت عنده انه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعى وابو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعى بان اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهى وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها

والا فلتكن وديعة عندك واستدل ابو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض ابن حماز قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فان جاء صاحبها فهو احق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك ان واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة اوجه ، احدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط ، والثالث ان يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان اخذها على جهة الالتقاط فهى امانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب لا يضمن اذا ردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون يمين الا ان يتهم . واما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسئلهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له ان يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند اصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته اما ان يسلمه سيده فيها . واما ان يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما انفق على اللقطة على صاحبها ام لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن اذن الحاكم وهذه المسئلة هى من احكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب .

﴿ باب فى اللقيط ﴾

والنظر فى احكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى احكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفى وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبى الصغير غير البالغ وان كان مميزاً فيه فى مذهب الشافعى تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط والكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط

على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشئ . واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التقطه فى دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عند مالك وعند الشافعى بحكم من اسلم منهما وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقد اختلف فى اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذى تشهد له الاصول الا ان يثبت فى ذلك اثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذى لاعنت عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوديعة ﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار فى هذا الكتاب هى فى احكام الوديعة فمنها انهم اتفقوا على انها امانة لامضمونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة ان الله امر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع فى دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لايكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق فى تلفها ولا يصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعى وابو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد وبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التى دفعتها اليه . واما من دفعها الى غير اليد التى دفعتها اليه فعليه ما على ولى اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عز وجل (فاذا دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم) فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع فى الدفع عند مالك واصحابه الا ببينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق فى ذلك وسواء عند مالك امر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها او لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من امره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة اعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى ذمة فان كان القابض امينا فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة

على الدفع او يأتى القابض بالمال . واما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الى سلفا او تسلفا فى سلعة او ماشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برئ الدافع فى المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان * والسبب فى هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذى امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله فى دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى ان تلك الامانة اضعف قال لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب ابى حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال الدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون بأجمعهم انه لا ضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى ويختلفون فى اشياء هل هى تعد ام ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم رد مثلها او اخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن فى الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها او نية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم فى السفر بها فقال مالك ليس له ان يسافر بها الا ان تعطى له فى سفر وقال ابو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها انه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال ابو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو امة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بينا من ذلك انه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم فى المذهب فيمن جعل وديعة فى جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من اودع وديعة فى المسجد فجعلها على نعله فذهبت انه لا ضمان عليه ويختلف فى المذهب فى ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها فى موضع او ينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك ان يودعها عند ثقة من اهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم او لم يقدر واختلف فى ذلك اصحاب الشافعى فمنهم من يقول ان اودعها الغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة

عندمالك لايجب فى حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذالم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ومايحتاج اليه من مسكن اونفقة فعلى ربها واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهوفيمن اودع مالا فتعدى فيه وتجربه فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لافقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذارد المال طاب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلاعن ان يكون مستودعا عنده وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع فى تلك التجارة فاسد وهؤلاء هم الذين اوجبوا التصدق بالربح اذامات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لماامر عمر رضى الله عنه ابنيه عبدالله وعبيدالله ان يصرفا المال الذى اسلفهما ابو موسى الاشعرى من بيت المال فتجرافيه فربحا قيل له لوجعلته قراضاً فأجاب الى ذلك لانه قدروى انه قدحصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب العارية)

والنظر فى العارية فى اركانها واحكامها واركانها خمسة ، الاعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار ، والصيغة . اما الاعارة فهى فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود انهما قالا فى قوله تعالى (ويمنعون الماعون) انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وما اشبه ذلك واما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية امالرقبتها وامالمنفعتها والاظهر انها لاتصح من المستعير اعنى أن يعيرها . واما العارية فتكون فى الدور والارضين والحيوان وجميع مايعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لايجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الاان تكون ذا محرم . واما صيغة الاعارة فهى كل لفظ يدل على الاذن وهى عقد جائز عند الشافعى وابى حنيفة اى للمعيران يسترد عاريته اذاشاء وقال مالك فى المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة مالزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة مايرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف مايوجد فيها من شبه العقود

اللازمة وغير اللازمة . واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هى مضمونة اوامانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهوقول اشهب والشافعى واحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهوانها ليست مضمونة اصلا وهوقول ابى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيمايغاب عليه اذالم يكن على التلف بينة ولايضمن فيمالايغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهومذهب مالك المشهور وابن القاسم واكثر اصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار فى ذلك وذلك انه ورد فى الحديث الثابت انه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤداة وفى بعضها بل عارية مؤداة وروى عنه انه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح واخذ بهذا اسقط الضمان عنه ومن اخذ بحديث صفوان بن امية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين مايغاب عليه وبين مالايغاب عليه فحمل هذا الضمان على مايغاب عليه والحديث الآخر على مالايغاب عليه الاأن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض واتفقوا فى الاجارة على انها غير مضمونة اعنى الشافعى واباحنيفة ومالكا ويلزم الشافعى اذاسلم انه لاضمان عليه فى الاجارة أن لايكون ضمان فى العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذالم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى أن لايضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة فى اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لايضمن والشرط باطل ويجئ على قول مالك اذااشترط الضمان فى الموضع الذى لايجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل فى استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها فى ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مماله قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط اوبالعرف اوالعادة ، وقال الشافعى اذالم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه اوينقض بارش اوتمليك ببدل فايهما اراد المعير اجبر عليه المستعير فان ابى كلف تفريغ الملك وفى جواز بيعه للنقض عنده خلاف لانه معرض للنقض فرأى الشافعى ان اخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف

فى ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب فى الرجل يسئل جاره ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة فى كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وابو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعى واحمد وابو ثور وداود وجماعة اهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن ابى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع احدكم جاره ان يغرز خشبة فى جداره ثم يقول ابو هريرة مالى اراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين اكتافكم واحتجوا ايضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجاً له من العريض فاراد أن يمر به فى ارض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك انت تمنعنى وهو لك منفعة تسقى منه اولا وآخراً ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمداً بن مسلمة فامره أن يخلى سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع اخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيي المازنى عن ابيه انه قال كان فى حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا لادخاله هذه الاحاديث فى موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث ابى هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة فى الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف فى تحويل الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول فى الضمان وفيه ثلاثة اركان ، الاول الموجب للضمان ، والثانى مافيه الضمان ، والثالث الواجب ، واما الباب الثانى فهو فى الطوارئ على المغصوب .

(الباب الاول)

(الركن الاول)

واما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أو لاتلافه واما المباشرة للسبب المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أو لم يهجه وقال ابو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعى بين ان يهجه على الطيران أو لا يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شئ فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعديا ضمن ما تلف فيه والا لم يضمن ويجئ على اصل ابى حنيفة انه لا يضمن مسئلة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمد او لا يشترط فالاشهر ان الاموال تضمن عمداً وخطأً وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المكره الضمان اعنى المكره على الاتلاف .

(الركن الثانى)

واما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أو تلفت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعنى انها ان انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال ابو حنيفة لا يضمن * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان .

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الواجب فى الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرده بعينه وهذا لاخلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على انه اذا كان مكيلا أو موزونا ان على الغاصب المثل اعنى مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا فى العروض فقال مالك لا يقضى فى العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعى وابو حنيفة وداود الواجب فى ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث ابى هريرة المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم: من اعتق شقصاً له فى عبد قوم عليه الباقى قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى (فجزاء مثل ماقتل من النعم) ولان منفعة الشئ قد تكون هى المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ما خرجه ابو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت احدى امهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبى صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التى فى بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة فى بيته وفى حديث آخر ان عائشة كانت هى التى غارت وكسرت الاناء وانها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثانى فى الطوارئ)

والطوارئ على المغصوب اما بزيادة واما بنقصان وهذان اما من قبل المخلوق واما من قبل الخالق . فأما النقصان الذى يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً او يضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير فى المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة او يأخذه ناقصاً ولا شئ له فى الجناية كالذى يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز . والسبب فى هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث

فى ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه فى النقصان شيئاً سواء كان من سببه او من عند الله وهو قياس قول أبى حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته فى كل اوان كانت يده عليه اخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعى او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى ان جناية الغاصب على الشئ الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو فى ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف فى هذا الباب فقف عليه. واما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين ان يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى وبين ان يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين فى يد الغاصب . واما الجناية على العين من غير ان يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشئ باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحاً ويقوم بالجناية فيعطى ما بين القيمتين . واما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيراً ان شاء أسلمه للجانى واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين . واما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثانى ان يكون مما احدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت واما النماء بما احدثه الغاصب فى الشئ المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين ، أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ فى الثوب والنقش فى البناء وما اشبه ذلك ، والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو ان يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، احدهما ان يكون ذلك الشئ مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما اشبه ذلك ، والثانى ان لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين ان يأمر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين ان يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقلوعا بعد حط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب

لمن لايتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شئ لان من حق المغصوب ان يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . واما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه ويأخذ ثوبه وبين ان يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا فى السويق الذى يلته فى السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له . واما الوجه الثانى من التقسيم الاول وهو ان لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه فى الشئ المغصوب سوى العمل فان ذلك ايضاً ينقسم قسمين . احدهما ان يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشئ عن اسمه بمنزلة الخياطة فى الثوب او الرفو له والثانى ان يكون العمل كثيراً ينتقل به الشئ المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً اودراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشئ المغصوب معمولا . واما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشئ المغصوب يوم غصبه او مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم فى هذا المعنى واشهب يجعل ذلك كله للمغصوب اصله مسئلة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على اخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس ان الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب ان يدفع قيمة الصبغ وان ابى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول انكره ابن القاسم فى المدونة فى كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى فى الصبغ مثل قول ابن القاسم الا انه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان امكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى ان لا يستحل مال الغاصب من اجل غصبه وسواء كان منفعة او عيناً الا ان يحتج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق لكن هذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشئ الذى غصبه اعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير او لم يتغير واما حكم غلته فاختلف فى ذلك فى المذهب على قولين: احدهما ان حكم الغلة حكم الشئ المغصوب، والثانى ان حكمها بخلاف الشئ المغصوب فمن ذهب الى ان حكمها حكم الشئ المغصوب وبه قال اشهب من

اصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها او اكثر ما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لا قيمة الشئ المغصوب يوم الغصب واما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشئ المغصوب فاختلفوا فى حكمها اختلافا كثيراً بعد اتفاقهم على انها ان تلفت ببينة انه لا ضمان على الغاصب وانه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء فى حكم الغلة هو ان الغلل تنقسم الى ثلاثة اقسام . احدها غلة متولدة عن الشئ المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد وغلة متولدة عن الشئ لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلال غير متولدة بل هى منافع وهى الاكرية والخراجات وما اشبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف اعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا فى ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس واما ان كان متولداً على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان . احدهما ان للغاصب ذلك المتولد . والثانى انه يلزمه رده مع الشئ المغصوب ان كان قائما او قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشئ المغصوب كان مخيراً بين ان يضمنه بقيمته ولا شئ له فى الغلة وبين أن يأخذه بالغلة ولا شئ له من القيمة . واما ما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة اقوال . احدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثانى انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً والثالث انه يلزمه الرد ان اكرى ولا يلزمه الرد ان انتفع او عطل ، والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها واما ما اغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجر بها فيربح فالغلة له قولا واحداً فى المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا ايضا اذا قصد غصب الاصل . واما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف فى ذلك سواء عطل او انتفع او اكرى كان مما يزال به او بما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه فى ركوبه اياها ولا فى حمله لانه ضامن لها ان تلفت فى تعديه هذا قوله فى كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدى وصار فى ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه * وسبب اختلافهم فى هل يرد الغاصب الغلة او لا يردها

اختلافهم فى تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو فى غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه ام يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثل ان يشترى شيأ فيستغله فيستحق منه . واما ماصار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث فى الاصل والغلة اعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى . واما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان على اكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه السلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك فى الرقبة دون الغلة قال لايرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحد وأن يعتبر التضمين اولايعتبر واما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان واجمع العلماء على أن من اغترس نخلا او ثمرا وبالجملة نباتا فى غير ارضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن ابيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضاً ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس فى ارض الغير وروى ابوداود فى هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس احدهما نخلا فى ارض الآخر فقضى لصاحب الارض بارضه وامر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها وانها لتضرب اصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى اخرجت منها الا ماروى فى المشهور عن مالك ان من زرع زرعا فى ارض غيره وفات اوان زراعته لم يكن لصاحب الارض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الارض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وازاله انه للمغصوب يكون الزرع على هذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع فى ارض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من اهل المدينة وبه قال ابوعبيد وروى عن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : من زرع فى ارض قوم بغير اذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شئ واختلف العلماء فى القضاء فيما افسدته المواشى والدواب على اربعة اقوال ، احدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لماافسدته ، والثانى أن لاضمان عليه ،

والثالث ان الضمان على ارباب البهائم بالليل ولاضمان عليهم فيما فسدته بالنهار ، والرابع وجوب الضمان فى غير المنفلت ولاضمان فى المنفلت وممن قال يضمن بالليل ولايضمن بالنهار مالك والشافعى وبأن لاضمان عليهم أصلا قال ابوحنيفة واصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا ان الليث قال لايضمن اكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضى الله عنه فعمدة مالك والشافعى فى هذا الباب شيئان ، احدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند اهل اللغة لايكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى انا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثانى مرسله عن ابن شهاب ان ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان على اهل الحوائط بالنهار حفظها وان ماافسدته المواشى بالليل ضامن على اهلها اى مضمون وعمدة ابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوى وتحقيق مذهب ابى حنيفة انه لايضمن اذا ارسلها محفوظة . فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا ان تكون الغنم فى المسرح . واما اذا كانت فى ارض مزرعة لامسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما افسدت ليلا ونهاراً شهادة الاصول له وذلك انه تعد من المرسل والاصول على ان على المتعدى الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لايملك * فسبب الخلاف فى هذا الباب معارضة الاصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض اعنى ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض ايضاً التفرقة التى فى حديث البراء وكذلك التفرقة التى فى حديث البراء تعارض ايضاً قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم فى حكم مايصاب من اعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعى ومالك يلزم فيما اصيب من البهيمة مانقص فى ثمنها قياساً على التعدى فى الاموال والكوفيون اعتمدوا فى ذلك على قول عمر رضى الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولامخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم انه انما صار الى القول به من جهة التوقيف * فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم فى الجمل الصؤول وما اشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعى لاغرم عليه اذا بان انه خافه على نفسه . قال ابوحنيفة والثورى

يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل فى المدافعة القاصد المتعدى انه ليس عليه قود واذا كان ذلك فى النفس كان فى المال احرى لان النفس اعظم حرمة من المال وقياساً ايضاً على اهدار دم الصيد الحرمى اذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعى وعمدة ابى حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها اصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ماهو ذونفس ومن هذا الباب اختلافهم فى المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا فقال مالك والشافعى والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال ابو حنيفة والثورى عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك انه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمى فلم يسقط احدهما الآخر اصله السرقة التى يجب بها عندهم غرم المال والقطع . واما من لم يوجب الصداق فتعلق فى ذلك بمعنيين ، احدهما انه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأى الكوفيين فى انه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثانى ان الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعياً واذا كان ذلك كذلك فلا صداق فى النكاح الذى على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوى قائماً اضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعى يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال ابو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعى لا يفوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

وجل النظر فى هذا الكتاب هو فى احكام الاستحقاق وتحصيل اصول احكام هذا الكتاب ان الشئ المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء فى الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشئ المستحق بشراء انه لا يخلو من ان يستحق من ذلك الشئ اقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو ان يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً ان يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو بمثمون

فاما ان كان استحق منه اقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له ان يرجع بالجميع . واما ان استحق كله او جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع ويأخذ الثمن او يأخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فاما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ . أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فيأخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام . واما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل ان يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين ان يدفع قيمة الزيادة ويأخذ ما استحقه وبين ان يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق او يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى او ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولد ها ثم تستحق منه أو يزوجها على انها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على ان المستحق ليس له ان ياخذ اعيان الولد واختلفوا فى أخذ قيمتهم . واما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها . واما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف ان لسيدها ان ياخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا الزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغرور لم يتعلق بالولد . واما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف ان الغلة للمستحق منه واعنى بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده . واما اذا كان غيرضا من مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة واما ان كان غيرضا من الا انه ادعى فى ذلك ثمناً مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من اى وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق فى احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فأدرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق ما لم تقطف وقيل ما لم تيبس وقيل ما لم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا

ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقى والعلاج وقال اشهب هى للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق فى ابان زريعة الارض . واما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلاشئ على المستحق من يديه . واما ان كان اخذله ثمناً مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ماباع من النقض (قال القاضى ولم أجد فى هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه) وهى أصولهم فى هذا الباب ولكن يجئ على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون فى جميع المتلفات المثل وكذلك يجئ على اصول الغير ان يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقى ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الهبات)

والنظر فى الهبة فى اركانها وفى شروطها وفى انواعها وفى احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس مافيها من المسائل المشهورة (فنقول) اما الاركان فهى ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة . اما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان فى حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا فى حال المرض وفى حال السفه والفلس . اما المريض فقال الجمهور انها فى ثلثه تشبيهاً بالوصية اعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة اهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولاخلاف بينهم انه اذا صح من مرضه ان الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام : فى الذى أعتق ستة أعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقى وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع

وذلك انهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع فى المرض الا ان يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية، والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هى الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه اختلاف واما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا فى كتاب الحجر. واما السفهاء والمفلسون فلاخلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية . واما الموهوب فكل شئ صح ملكه واتفقوا على ان للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبى واختلفوا فى تفضيل الرجل بعض ولده على بعض فى الهبة أو فى هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال اهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن ان يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل اهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد اختلف فى الفاظه والحديث انه قال ان اباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاماً كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفى بعض الفاظ روايات هذا الحديث انه قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجمهور ان الاجماع منعقد على ان للرجل ان يهب فى صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد أحرى واحتجوا بحديث ابى بكر المشهور أنه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يابنية ما من الناس أحد أحب الىّ غنى بعدى منك ولا اعز علىّ فقراً بعدى منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحترتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل على ذلك ان فى بعض رواياته ألست تريد ان يكونوا لك فى البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى . واما مالك فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك ان النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس

حمل الحديث على الندب أو خصصه فى بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس انه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها اعنى ان يعدل بلفظ النهى عن مفهوم الحظر الى مفهوم الكراهية . واما اهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس فى الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل فى الهبة واختلفوا من هذا الباب فى جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى واحمد وابو ثور تصح وقال ابو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة ان القبض فيهـا يصح كالقبض فى البيع وعمدة ابى حنيفة ان القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف فى المذهب فى جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه فى الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن . واما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له ان يكون ممن يصح قبوله وقبضه . واما الشروط فاشهرها القبض اعنى ان العلماء اختلفوا هل القبض شرط فى صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وابو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام فى الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده فى الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال احمد وابو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطهـا اصـلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول اهل الظاهر وقد روى عن احمد بن حنبل ان القبض من شروطها فى المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيهاً بالبيع وان الاصل فى العقود ان لا قبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة وما روى مالك عن عمر ايضاً انه قال ما بال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدى لم اعطه احداً وان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف . واما مالك فاعتمد الامرين جميعاً اعنى القياس وما روى عن الصحابة

وجمع بينهما فمن حيث هى عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وانه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض او افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى فى ولاية نظره وللكبير السفيه ما وهبه له كما يحوز لهما ما وهبه غيره لهم وانه يكفى فى الحيازة له اشـهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والاصل فى ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سـعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك واصحابه لا بد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء اعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه واشهاده . واما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه انه لا يجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه انه يجوز اذا جعلها فى ظرف او اناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

﴿ القول فى انواع الهبات ﴾

والهبة منها ما هى هبة عين ومنها ما هى هبة منفعة وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب ومنها ما لا يقصد بها الثواب والتى يقصـد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها ما يقصد به وجه المخلوق . فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف فى جوازها وانما اختلفوا فى احكامها . واما هبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعى وبه قال داود وابو ثور * وسـبب الخلاف هل هى بيع مجهول الثمن او ليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيـوع الغرر التى لا تجوز ومن لم ير انها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا اعطاه الموهوب له القيمة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر على

ماسيأتى بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . واما اذا الزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب اذا اختلفوا فى ذلك وخصوصا اذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغنى اولمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب . واما هبات المنافع فمنها ما هى مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة اقوال، احدها انها هبة مبتوتة اى انها هبة للرقبة وبه قال الشافعى وابو حنيفة والثورى واحمد وجماعة ، والقول الثانى انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذا مات عادت الرقبة للمعمر اوالى ورثته وبه قال مالك واصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر اوالى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هى عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر اولورثته وبه قال داود وابو ثور * وسبب الخلاف فى هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر . اما الاثر ففى ذلك حديثان ، احدهما متفق على صحته وهو مارواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل اعمر عمرى له ولعقبه فانها للذى يعطاها لاترجع الى الذى اعطاها ابداً لانه اعطى عطاء وقعت فيه المواريث، والحديث الثانى حديث ابى الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم اموالكم ولاتعمروها فمن اعمر شيئاً حياته فهوله حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لاتعمروا ولاترقبوا فمن اعمر شيئاً اوارقبه فهو لورثته فحديث ابى الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف ايضاً لشرط المعمر الا انه يخيل انه اقل فى المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث ابى الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك . واما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولاتعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . واما حديث ابى الزبير عن جابر فمختلف فيه اعنى رواية ابى الزبير عن جابر . واما اذا اتى بلفظ الاسكان فقال اسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم او الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير فى انها لاتنصرف الى المسكن ابداً على قول الجمهور فى العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى

المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفاً له اذا لم يصرح بذكر العقب على ماذهب اليه اهل الظاهر .

(القول فى الاحكام) ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب جواز الاعتصار فى الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور علماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أولم يستحدث ديناً وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام ايضاً ان تعتصر ماوهبت ان كان الاب حياً وقد روى عن مالك انها لاتعتصر وقال احمد واهل الظاهر لايجوز لاحد ان يعتصر ماوهبه وقال ابو حنيفة يجوز لكل احد ان يعتصر ماوهبه الا ماوهب لذى رحم محرمة عليه واجمعوا على ان الهبة التى يراد بها الصدقة اى وجه الله انه لايجوز لاحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار اصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام : لايحل لواهب ان يرجع فى هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعى لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . واما من اجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال : من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه انما اراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وايضا فان الاصل ان من وهب شيئاً عن غير عوض انه لايقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجمهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفى مرسلات مالك ان رجلا انصاريا من الخزرج تصدق على ابويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبى عليه الصلاة والسلام : فقال قد أجرت فى صدقتك وخذها بميراثك وخرج ابو داود عن عبد الله بن بريدة عن ابيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمى بوليدة وانها ماتت وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم : وجب اجرك ورجعت اليك بالميراث وقال اهل الظاهر لايجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمر لاتشتره فى الفرس الذى تصدق به فان العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه والحديث متفق على صحته * قال القاضى والرجوع فى الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف فى هذا الباب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الوصايا)

والنظر فيها ينقسم اولا قسمين ، القسم الاول النظر فى الاركان ، والثانى فى الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

(القول فى الاركان) والاركان اربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية. اما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب وقال ابو حنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . واما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الوصية للوالدين والاقربين) والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلا اعتق ستة اعبد له فى مرضه عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لاتجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزنى لاتجوز * وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لاتجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معقول المعنى ام ليس بمعقول واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفى الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت أو لا يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال فى المذهب.

(القول فى الموصى به) والنظر فى جنسه وقدره . اما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية

فى الرقاب واختلفوا فى المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابى ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع فى معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد فى ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر واما القدر فان العلماء اتفقوا على انه لاتجوز الوصية فى اكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفى القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لاتجوز فى أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ منى الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لاتجوز بأكثر من الثلث واختلفوا فى المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام : فى هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس واوصى عمر بالربع والخمس أحب الى . واما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم فى الوصية ثلث أموالكم زيادة فى اعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند اهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس فى الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير . واما اختلافهم فى جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى علله بها الشارع ام ليس بخاص وهو ان لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة او جعل جميع المسلمين فى هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لاتجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث .

(القول فى المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية) والوصية بالجملة هى هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لاشخاص بعد موته او عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية او لم يصرح به وهذا

العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى ان للموصى ان يرجع فيما اوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سيأتى فى كتاب التدبير واجمعوا على انه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا فى قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط فى صحة الوصية وروى عن الشافعى انه ليس القبول شرطاً فى صحتها ومالك شبهها بالهبة .

﴿ القول فى الاحكام ﴾ وهذه الاحكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم فى حكم من اوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به فى ماله مما هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه فى ذلك ابو حنيفة والشافعى وابو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما احسن ما راى ابو عمر بن عبد البر فى هذه المسئلة وذلك انه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ما ادعوا فان ثبت ذلك اخذ منه الموصى له قدر الثلث من ذلك الشئ الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فأقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا فى ان ذلك الشئ الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان يدفعوا اليه ما اوصى له به او يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت اما فى ذلك الشئ بعينه واما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال ابو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ما ترك الميت حتى يستوفى تمام الثلث * وسبب الخلاف ان الميت لما تعدى فى ان جعل وصيته فى شئ بعينه فهل الاعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية او يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله او يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعدى هو فى التعيين لكونها اكثر من الثلث اعنى ان الواجب ان يسقط التعيين واما ان يكلف الورثة ان يمضوا التعيين او يتخلوا عن جميع الثلث فهو حمل عليهم ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها او اذا اوصى بها فهل هى من الثلث او من راس المال فقال مالك اذا لم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعى يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا اوصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث وهى عند الشافعى فى الوجهين من راس المال

شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فدين الله احق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو اخرجها فى الحياة انها من رأس المال ولو كان فى السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة اعنى فى توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا لجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنا من الموت وصى بها فاذا ازاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ما هو اضعف منها وقال ابو حنيفة هى وسائر الوصايا سواء يريد فى المحاصة واتفق مالك وجميع اصحابه على ان الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص فى الثلث واذا كان بعضها اهم من بعض قدم الاهم واختلفوا فى الترتيب على ما هو مسطور فى كتبهم . ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائد فعند مالك والشافعى انهما يقتسمان الثلث بينهما اخماساً وقال ابو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به فى القسمة كما يسقط فى نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل فى نفسه ولا يبطل الاعتبار به فى القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال اخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية فى هذا الباب اذا اوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لا يعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعى تكون فى المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم او ما علم فقط والمشهور عن مالك ان المدبر يكون فى المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفى هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم ان للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وان هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للامام ان يوصى بها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائما او مع وارث دون وارث واذا ورث من غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث او لا يختلف والتعليم فى هذا يمكن على وجوه

كثيرة قدسلك اكثرها اهل الفرائض والسبيل الحاضرة فى ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من اجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين . فاما الاجناس الوارثة فهى ثلاثة ذوو نسب واصهار وموالى . فاما ذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهى الفروع اعنى الاولاد والاصول اعنى الاباء والاجداد ذكوراً كانوا اواناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت فى الاصل الادنى اعنى الاخوة ذكوراً واناثا اوالمشاركة الادنى اوالا بعد فى اصل واحد وهم الاعمام وبنوالاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذافصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . اماالرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد ابوالاب وان علاوالاخ من اىّ جهة كان اعنى للام والاب اولاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة . واما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة . واما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لافرض لهم فى كتاب الله ولاهم عصبة وهم بالجملة بنوالبنات وبنات الاخوة وبنوالاخوات وبنات الاعمام والعم اخوالاب للام فقط وبنوالاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعى واكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى انه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا فى صفة توريثهم فذهب ابو حنيفة واصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من ادلى منهم بذى سهم اوعصبة بمنزلة السبب الذى ادلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الاصل ان لايثبت فيها شئ الا بكتاب اوسنة ثابتة او اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . واما الفرقة الثانية فزعموا ان دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس. اماالكتاب فقوله تعالى (واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مماترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف ان هذه مخصوصة بآيات المواريث . واما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب انه كتب الى ابى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الله ورسوله مولى من لامولى له والخال وارث من لا وارث له . واما من طريق

المعنى فان القدماء من اصحاب ابى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قداجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعنى ان من اجتمع له سببان اولى ممن له سبب واحد . واما ابوزيد ومتأخر واصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات فى هذه المقاييس فيها ضعف واذقد تقرر هذا فلنشرع فى ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك مايجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على ان ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثا معاً هو أن الذكر منهم مثل حظ الانثيين وان الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وان البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فمافوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا فى الاثنتين فذهب الجمهور الى ان لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم فى قوله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثاماترك) هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبدالله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبدالله وعن جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم اعطى البنتين الثلثين قال فيما حسب ابو عمر بن عبدالبر وعبدالله بن عقيل قد قبل جماعة من اهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى (يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) الى قوله (وان كانت واحدة فلها النصف) واجمعوا من هذا الباب على ان بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاشئ روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لايحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا لام من الثلث الى السدس واجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن فى مرتبتهن اوأبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب

ابو ثور وداود انه اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن فى مرتبة واحدة مع الذكر اوفوقه اودونه وكان ابن مسعود يقول فى هذه للذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء اكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى (يوصيكم الله فى اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) وان ولد الولد ولد ومن طريق المعنى ايضاً لما كان الابن يعصب من فى درجته فى جملة المال فواجب ان يعصب فى الفاضل من المال وعمدة داود وابى ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عزوجل فما ابقت الفرائض فلأولى رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضاً ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضل عن الثلثين كان احرى ان لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح . واما قول ابن مسعود فمبنى على اصله فى ان بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم الابن اكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير اكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهى حجة قريبة من حجة داود والجمهور على ان ذكر ولد الابن يعصبهن كان فى درجتهن اواطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لا يعصبهن الا اذا كان فى مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفى بنتاً لصلب وبنت ابن او بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة فى ذلك فقالت لا ترث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال فى ابن الابن مع الابن فالاختلاف فى بنات الابن فى موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيباً مطلقاً وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون اكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل ايضاً اذا كان ابن الابن فى درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

﴿ ميراث الزوجات ﴾

واجمع العلماء على ان ميراث الرجل من امراته اذا لم تترك ولداً ولا ولد ابن النصف ذكراً كان الولد او انثى الا ما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً فله الربع وان ميراث المراة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولداً ولا ولد ابن الربع فان ترك ولداً او ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن احد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص فى قوله تعالى (ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد) الآية .

﴿ ميراث الاب والام ﴾

واجمع العلماء على ان الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث) : واجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدسان اعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على ان الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ . واجمعوا على ان الاب لا ينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله ما زاد . واجمعوا من هذا الباب على ان الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) . واختلفوا فى اقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى ان الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى انهم ثلاثة فصاعداً وان الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع فمن قال اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان اعنى فى قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف ان الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة فى الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا انقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا ان يكون معهن اخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هو جمع اخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى ابوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس ان ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس فى الاصول من يحجب ولا يأخذ ما حجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وابوين أو زوجا وابوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللام ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال وللاب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللام ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللاب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللام الثلث منه ايضاً لانها ذات فرض

وللاب مابقى لانه عاصب وقال ايضاً فى الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهوران الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب ان يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكانهم رأوا ان يكون ميراث الام اكثر من ميراث الاب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر ان الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل اظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل اظهر واعنى بالتعليل هاهنا ان يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار اعنى الاب من الام .

﴿ ميراث الاخوة للام ﴾

واجمع العلماء على ان الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أوانثى وانهم ان كانوا اكثر من واحد فهم شركاء فى الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء واجمعوا على انهم لايرثون مع اربعة وهم الاب والجدأبو الاب وان علاوالبنون ذكرانهم واناثهم وبنوالبنين وان سفلوا ذكرانهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أوامرأة وله أخ أواخت) الآية وذلك الاجماع انعقد على ان المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أواخت من امه . وكذلك أجمعوا فيما احسب ههنا على ان الكلالة هى فقد الاصناف الاربعة التى ذكرنا من النسب اعنى الآباء والاجداد والبنين وبنى البنين .

﴿ ميراث الاخوة للاب والام أوللاب ﴾

واجمع العلماء على ان الاخوة للاب والام أوللاب فقط يرثون فى الكلالة أيض اما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال فى البنات وانهم ان كانوا ذكورا واناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة) الا انهم اختلفوا فى معنى الكلالة هاهنا فى اشياء واتفقوا منها فى اشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم اجمعوا من هذا الباب على ان الاخوة للاب والام ذكرانا كانوا أواناثا انهم لايرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولامع الاب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا فى ميراث الاخوة للاب والام مع البنت

اوالبنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون مافضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهرى وطائفة الى ان الاخت لاترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور فى هذا حديث ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى ابنة وابنة ابن واخت ان للبنت النصف ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت وايضاً من جهة النظر لما اجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الآخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولدوله اخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث واجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال ابو عمر وقدروى ذلك فى حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات واجمع العلماء على ان الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات للاب معهن شئ كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ماكمل بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون فى درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال ابو ثور وخالفه داود فى هذه المسئلة مع موافقته له فى مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء اكثر من السدس كالحال فى بنت الصلب مع بنى الابن وادلة الفريقين فى هذه المسئلة هى تلك الادلة باعيانها واجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال فى بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى البنين الافى موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلاشئ فكانوا يشركون الاخوة للاب والام فى الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال

من فقهاء الأمصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وابو موسى الاشعرى لايشركون اخوة الاب والام فى الثلث مع اخوة الام فى هذه الفريضة ولايوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الامصار ابو حنيفة وابن ابى ليلى واحمد وابو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام فى السبب الذى به يستوجبون الارث وهى الام فوجب أن لاينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا فى السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا فى الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلاشئ لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من ترك زوجا واماً واخاً واحداً لام واخوة شقائق عشرة او اكثر ان الاخ للام يستحق ههنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع انهم مشاركون له فى الام* فسبب الاختلاف فى اكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

﴿ ميراث الجد ﴾

واجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب فى حجب الاخوة الشقائق او حجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وابو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى انه يحجبهم وبه قال ابو حنيفة وابو ثور والمزنى وابن شريح من اصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن ابى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث الاخوة مع الجد الا انهم اختلفوا فى كيفية ذلك على ما اقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما فى المعنى اعنى من قبل ان كليهما اب للميت ومن اتفاقهما فى كثير من الاحكام التى اجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال اما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل اب الاب ابا وقد اجمعوا على انه مثله فى احكام اخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لايقتص له من جد كما لايقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ اقرب الى الميت من الجد لان الجد ابو ابى الميت والاخ ابن ابى الميت والابن اقرب من الاب وايضاً فما اجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجد* فسبب الخلاف تعارض القياس فى هذا الباب فان قيل فاى القياسين ارجح بحسب النظر الشرعى قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب فى المرتبة الثانية او الثالثة كما ان ابن الابن ابن فى

المرتبة الثانية او الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له فى الاصل والاصل أحق بالشئ من المشارك له فى الاصل والجد ليس هو اصلا للميت من قبل الاب بل هو أصل اصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو اصل لاصله اولى من الذى هو فرع لاصله ولذلك لامعنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هى اقوى فى الميراث من الابوة فى الشخص الواحد بعينه اعنى الموروث واما البنوة التى تكون لاب الموروث فليس يلزم ان تكون فى حق الموروث اقوى من الابوة التى تكون لاب الموروث لان الابوة التى لاب الموروث هى ابوة ما للموروث اعنى بعيدة وليس البنوة التى لاب الموروث بنوة ما للموروث لاقريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلى بالشئ الذى من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة هو قول غالط مخيل لان الجد اب ما وليس الاخ ابنا ما وبالجملة الاخ لاحق من لواحق الميت وكانه امر عارض والجد سبب من اسبابه والسبب املك للشئ من لاحقه واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة فى كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد فى ذلك انه لايخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى اولا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى اعطى الافضل له من اثنين اما ثلث المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا او اناثا او الامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس اخوات له الثلث لانه افضل له من المقاسمة فهذه هى حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . واما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل الفروض فيأخذوا فروضهم فما بقى اعطى الافضل له من ثلاث اما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من رأس المال لاينقص منه ثم ما بقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا فى الاكدرية على ما نذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء. واما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس او المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض او لم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لما أجمعوا ان الابناء لاينقصونه منه شيأ كان أحرى ان لا

ينقصه الاخوة وعمدة قول زيدانه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن مايجب لهم وهوالثلث وبقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة وبقول على رضى الله عنه قال ابوحنيفة . واماالفريضة التى تعرف بالاكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا واماً واختاً شقيقة وجداًفان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان على ابن ابى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة الاان زيداً يجمع سهم الاخت والجد فينقسم ذلك بينهم للذكرمثل حظ الانثيين وزعم بعضهم ان هذاليس من قول زيدوضعف الجميع التشريك الذى قال به زيدفى هذه الفريضة وبقول زيدقال مالك وقيل انماسميت الاكدرية لتكدرقول زيدفيهاوهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الاابن عباس فانه روى عنه انه قال اعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لوقدم من قدم الله واخر من اخر الله ماعالت فريضة قيل له وايها قدم الله وايها اخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عزوجل عن موجبها الاالى فريضة اخرى فهى ماقدم الله وكل فريضة اذازالت عن فرضها لم يكن لها الامابقى فتلك التى اخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدئ من قدم الله فان بقى شئ فلمن اخر الله والا فلاشئ له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق اخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولايرثون مع الاخوة الشقائق شيئاً الا ان يكون الشقائق اختاً واحدة فانها تعادالجد باخوتها للاب مابينهما وبين ان تستكمل فريضتها وهى النصف وان كان فيما يحازلها ولاخوتها لابيها فضل عن نصف راس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شئ على النصف فلاميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لايلتفت هناللاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل ايضاً مخالف الاصول اعنى ان يحتسب بمن لايرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء وهى ام واخت وجد على خمسة اقوال فذهب ابوبكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقى للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رايهم فى اقامة الجدمقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى ان

للام الثلث وللاخت النصف وما بقى للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل اماً على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث ومابقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين

﴿ ميراث الجدات ﴾

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وان للجدة ايضاً أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما واختلفوا فيماسوى ذلك فذهب زيد واهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددهما سواء أوكانت أم الاب اقعد فان كانت أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شئ وقد روى عنه ايهما اقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار ابوحنيفة والثورى وابوثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعى واحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب اعنى الجد وكان ابن مسعود يورث اربع جدات ام الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابى الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أوبنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن ام وهوشاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد واهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد مارواه مالك انه قال جاءت الجدة الى ابى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال ابوبكر مالك فى كتاب الله عزوجل شئ وما علمت لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فارجعى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطاها السدس فقال ابوبكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ماقال المغيرة فأنفذه ابوبكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك فى كتاب الله عزوجل شئ وما كان القضاء الذى قضى به الا لغيرك وما انا بزائد فى الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وايتكما انفردت به فهو لها وروى مالك ايضاً انه أتت

الجدتان الى ابى بكر فاراد ان يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له رجل اما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل ابو بكر السدس بينهما قالوا فواجب ان لا يتعدى فى هذا هذه السنة واجماع الصحابة . واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام واما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك والشافعى وابو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوبا بالاب وجب ان تكون الجدة اولى بذلك وايضاً فلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع الاب وعمدة الفريق الثانى ماروى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال اول جدة اعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وام الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغى ان يعلم ان مالكا لا يخالف زيداً الا فى فريضة واحدة وهى امرأة هلكت وتركت زوجاً واماً واخوة لام واخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد مابقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شئ وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقى للاخوة الشقائق فخالف مالك فى هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته انه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به . واما زيد فعلى اصله فى انه لا يحجبهم .

﴿ باب فى الحجب ﴾

واجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وان الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وان بنى الاخ الشقيق يحجبون ابناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب اولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب اولى من العم أخى الاب وابن العم اخو الاب الشقيق اولى من ابن العم اخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفاً فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة . اما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك

الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استوو احجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من يدلى بسبب واحد اعنى انه يحجب العم اخو الاب لاب وام العم الذى هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعى وابو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو اخ لام وهو فى باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد ادلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء فى رد مابقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل فى بيت المال وبه قال مالك والشافعى وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا فى كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على ان الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا فى جزء جزء وعمدتهم ان قرابة الدين والنسب اولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين اهل العلم فيما تعلق باسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها انه أجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) ولما ثبت من قوله عليه الصلاة السلام : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا فى ميراث المسلم الكافر وفى ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى انه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين وجماعة الى ان المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا فى ذلك

حديثاً مسنداً قال ابو عمر وليس بالقوى عندالجمهور وشبهوه ايضاً بالقصاص فى الدماء التى لاتتكافأ. واما مال المرتداذاقتل اومات فقال جمهور فقهاء الحجازهو لجماعة المسلمين ولايرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهوقول زيد من الصحابة وقال ابو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهوقول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم فى ذلك هوأن قرابته أولى من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام وربما اكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لايؤخذ فى الحال حتى يموت الا ماروى عن أشهب فكانت حياته معتبرة فى بقاء ماله على ملكه وذلك لايكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجزان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة فى ايام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام. وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عندما يرتد وأظن ان اشهب ممن يقول بذلك واجمعوا على توريث اهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واختلفوا فى توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان اهل الملل المختلفة لايتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعى وابو حنيفة وابو ثور والثورى وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن ابى ليلى وجماعة يجعلون الملل التى لاتتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن ابى ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ماروى الثقات عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لايتوارث اهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام: لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا فى توريث الحملاء. والحملاء هم الذين يحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام اعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة اقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لايتوارثون الا ببينة تشهد

على انسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول انهم لايتوارثون اصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لايورث الا من ولد فى بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز واما مالك واصحابه فاختلف فى ذلك قولهم فمنهم من رأى ان لايورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لايورثون اصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك فى اهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه انهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لايجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى واحمد وابو ثور وذلك انهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم فى انسابهم. واما ان ادركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم الا ببينة ففى المسئلة اربعة اقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمران من لايرث لايحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمداً وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يورثهم اعنى باهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمداً وبه قال داود وابو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب فى معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لايرتفع الا بالموت واختلف العلماء فى الذين يفقدون فى حرب او غرق او هدم ولا يدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا اهل ميراث فذهب مالك واهل المدينة الى انهم لايورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقى من قرابتهم الوارثين اوبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعى وابو حنيفة واصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب على وعمر رضى الله عنهما واهل الكوفة وابو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنهم وجمهور البصريين الى انهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه فى اصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض اعنى انه لا يضم الى مال الموروث ماورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال فى الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا فى حرب او غرق او هدم ولكل واحد منهما الف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الالف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب اهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث

كما يورث غير ولد الملاعنة وانه ليس لامه الا الثلث والباقى لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث اوتكون امه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعى وابو حنيفة واصحابه الأان اباحنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام اولى من جماعة المسلمين وعلى قياس ايضاً من يقول بالرد يرد على الام بقية المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى ان عصبته عصبة امه اعنى الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لايجعلون عصبته عصبة امه الامع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث) فقالوا هذه ام وكل ام لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ماروى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : المرأة تحوز ثلاثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك ابوداود وغيره * قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث اولم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور فى الصدر الاول واشتهاره فى الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين واقر احدهم بأخ ثالث وانكر الثانى فقال مالك وابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعى لايثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً واختلف مالك وابو حنيفة فى القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو اقر الاخ الثانى وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً فاقر بأخ له اخر اعنى انه لايثبت النسب ويجب الميراث . واما الشافعى فعنه فى هذه المسئلة قولان احدهما انه لايثبت النسب ولايجب الميراث ، والثانى يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذى عليه تناظر الشافعية فى المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهو ان كل من يحوز المال

يثبت النسب باقراره وان كان واحداً اخا أو غير ذلك وعمدة الشافعية فى المسئلة الاولى وفى احد قوليه فى هذه المسئلة اعنى القول الغير المشهور ان النسب لايثبت الا بشاهدى عدل وحيث لايثبت فلاميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وابى حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلايثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق اقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لايصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وانه لايجوز له بين الله تعالى وبين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريكه فى الميراث حظه منه . واما عمدة الشافعية فى اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يحوز الميراث فالسماع والقياس اما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن ابى وقاص عهد الى اخيه سعد بن ابى وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن ابى وقاص وقال ابن اخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخى وابن وليدة ابى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن اخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخى وابن وليدة ابى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن ابى وقاص قال فما رآها حتى لقى الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه واثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له واما اكثر الفقهاء فقد اشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه فى اثبات النسب ولهم فى ذلك تأويلات وذلك ان ظاهر هذا الحديث انه اثبت نسبه باقرار اخيه به والاصل ان لايثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس فى ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما اثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول اخيه لانه يمكن ان يكون قد علم ان تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشاً له قالوا ومما يؤكد ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن ان لايخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضى ان يقضى بعلمه ولايليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لايقضى القاضى عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعى على قوله الآخر اعنى الذى لايثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما امر سودة بالحجبة احتياطاً لشبهة الشبه لا ان ذلك

كان واجباً وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن اخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على انه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هولك فقالت طائفة انما اراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه فى ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما اراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولك ياعبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ماهو يد اللاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر. واما المعنى الذى يعتمده الشافعية فى هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة اى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد ان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على ان اولاد الزنا لا يلحقون بآبائهم الا فى الجاهلية على ماروى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا فى الاسلام اعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام واتفقوا على ان الولد لا يلحق بالفراش فى اقل من ستة اشهر امامن وقت العقد وامامن وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى اقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى اطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض اصحابه سبع وقال الشافعى اربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة اشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو اقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة اشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا اتت به لستة اشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال ابو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة ابى حنيفة عموم قوله عليه السلام : الولد للفراش وكانه يرى ان هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالقافة وذلك عند مايطأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بنكاح ويتصور الحكم ايضاً بالقافة فى اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه اشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء

الامصار مالك والشافعى واحمد وابو ثور والاوزاعى وابى الحكم بالقافة الكوفيون واكثر اهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً اوكانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة اوالحرة يطؤها رجلان فى طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول انه يجوز ان يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب ابى حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة مارواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط اولاد الجاهلية بمن استلاطهم أى بمن ادعاهم فى الاسلام فاتى رجلان كلاهما يدعى ولد امراة فدعا قائفاً فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المراة فقال اخبرينى بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتينى فى ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دماً ثم خلف هذا عليها تعنى الآخر فلا ادرى ايهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال ايهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبى حتى يبلغ ويقال له وال ايهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعى وقال ابو ثور يكون ابناً لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابناً للاثنين لقوله تعالى (يأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى) واحتج القائلون بالقافة ايضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق اسارير وجهه فقال الم تسمعى ماقال مجزز المدلجى لزيد واسامة وراى اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروى عن ابن عباس وعن انس بن مالك ولا مخالف لهم من الصحابة واما الكوفيون فقالوا الاصل ان لا يحكم لاحد المتنازعين فى الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش او اشتركا فى الفراش كان ذلك بينهما وكانهم راوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل ان لا يجوز وقوع ذلك فى الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن على وقال الشافعى لا يقبل فى القافة الا رجلان وعن مالك فى ذلك روايتان احداهما مثل قول الشافعى والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة فى المشهور عن مالك انما يقضى بها فى ملك اليمين فقط لا فى النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعى وقال ابو عمر بن عبد البر فى هذا

حديث حسن مسند اخذ به جماعة من اهل الحديث واهل الظاهر رواه الثورى عن صالح ابن حى عن الشعبى عن زيد بن ارقم قال كان على باليمن فأتى بامراة وطئها ثلاثة اناس فى طهر واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذى اصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فأعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفى هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق الولد بالقرعة واختلفوا فى ميراث القاتل على اربعة اقوال فقال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث فى العمد شيئاً ويرث فى الخطأ الا من الدية وهو قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون فى العمد قتل بأمر واجب او بغير واجب مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يتهم اولا يتهم * وسبب الخلاف معارضة اصل الشرع فى هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك ان النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب ان لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية واختلفوا فى الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان مورثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر فى ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه اصلا سواء اسلم قبل قسم الميراث او بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم او بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة المعتبر فى ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم : ايما دار أو أرض قسمت فى الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وايما دار او أرض ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام فمن اعتبره وقت القسمة حكم للمقسوم فى ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم فى وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب قال القاضى ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة اسباب اما بنسب اوصهر أو ولاء وكان قد

قيل فى الذى يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر ها هنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وما احكامه .

﴿ باب فى الولاء ﴾

فأما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لهذا الباب .

(المسئلة الاولى) اجمع العلماء على ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وانه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام فى حديث بريرة : انما الولاء لمن اعتق واختلفوا اذا اعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق وقال ابو حنيفة والشافعى ان اعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان اعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: الولاء لمن اعتق وقوله عليه الصلاة والسلام: الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت فى ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له اصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا اعتقه عنه فقد ملكه اياه فاشبه الوكيل ولذلك أتفقوا على انه اذا أذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده انت حر لوجه الله وللمسلمين ان الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن اسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة لا ولاء له وقال ابو حنيفة واصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وان له ان ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : انما الولاء لمن اعتق وانما هذه هى التى يسمونها الحاضرة وكذلك الالف واللام هى عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره اعنى ان لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية فى اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى (ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون) وقوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم) وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدى مسلم فقال هو احق الناس واولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر

بن عبدالعزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت ايمانكم) منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان فى صدر الاسلام واجمعوا على انه لايجوز بيع الولاء ولاهبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده انت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الاأن يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعى وابو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال احمد وداود وابو ثور وقالت طائفة له أن يجعل ولاؤه حيث شاء وان لم يوال احداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعى وكان ابراهيم والشعبى يقولان لابأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجة هؤلاء هى الحجج المتقدمة فى المسئلة التى قبلها : واما من اجاز بيعه فلا اعرف له حجة فى هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فى ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصرانى قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك واصحابه ولاؤه للمسلمين فان اسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان اسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا اسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد . واما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد واما اذا وجب له يوم العتق ثم طرا عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا انه اذا ارتفع ذلك المانع انه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصرانى الذمى عبده النصرانى قبل ان يسلم احدهما ثم اسلم العبد أن الولاء يرتفع فان اسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا فى الحربى يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال ابو حنيفة لاولاء بينهما وللعبد ان يوالى من شاء على مذهبه فى الولاء والتحالف وخالف اشهب مالكا فقال اذا اسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هى مفروضة فى القول لاتقع بعد فانه ليس من دين النصارى ان يسترق بعضهم بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه فى هذا الوقت ويزعمون انه من مللهم .

(المسئلة الخامسة) اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل فى وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بانفسهن او ماجر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل معتق معتقها

او ابن معتقها وانهن لايرثن معتق من يرثنه الا ما حكى عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياساً على الرجل وهذا هو الذى يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذى يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبة

قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب اهل الولاء فى الولاء. فمن اشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين او ابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا او احد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لايرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من اهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول ان الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها ان يكون عبد له بنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على ان ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق فى بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموالى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لايجر فذهب الجمهور ومالك وابو حنيفة والشافعى واصحابهم الى انه يجره وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لايجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور ان الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى ان البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى ان الجد يجر ولاء حفدته اذا كان ابوهم عبداً الا ان يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على ان ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى ان لايكون للجد وعمدة الفريق الثانى

ان عبودية الاب هى كموته فوجب ان ينتقل الولاء الى ابى الاب ولاخلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما اعلم ان الابناء احق من الآباء وانه لاينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم اقوى تعصيباً من الابوة والاب اضعف تعصيباً والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعندالشافعى وابى حنيفة الجد أقعد منهم * وسبب الخلاف من اقرب نسباً واقوى تعصيباً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيباً فاذامات المولى الاسفل ولم يكن له ورثة اصلا اوكان له ورثة لايحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الا على عليه ولادة نسب اعنى بناته وبنيه وبنى بنيه وفى هذا الباب مسئلة مشهورة وهى اذا ماتت امراة ولهاولاء وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول على بن أبى طالب وقال قوم لابنهاوهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار. وهو مخالف لاهل هذاالسلف لان بن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض والولاء والحمدلله حق حمده

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب العتق

والنظر فى هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لايصح ومن يلزمه ومن لايلزمه اعنى بالشرع وفى الفاظ العتق وفى الايمان به وفى احكامه وفى الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الابواب مافيها من المسائل المشهورة التى يتعلق اكثرها بالمسموع . فاما من يصح عتقه فانهم أجمعوا على انه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغنى غير العديم واختلفوا فى عتق من أحاط الدين بماله وفى عتق المريض وحكمه فأما من أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا فى جواز عتقه فقال اكثر اهل المدينة مالك وغيره لايجوزذلك وبه قال الاوزاعى والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائزحتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد تخرج عن مالك فى ذلك الجواز قياساً على ماروى عنه فى

الرهن انه يجوز وان احاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله فى تلك الحال مستحق للغرماء فليس له ان يخرج منه شئ بغير عوض وهى العلة التى بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى انه قد انعقد الاجماع على ان له ان يطأ جاريته ويحبلها ولا يرد شيئاً مما انفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو قول الشافعى ولاخلاف عند الجميع انه لايجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه وكذلك المحجور ولايجوز عند العلماء عتقه لشئ من مماليكه الا مالكا واكثر اصحابه فانهم اجاز واعتقه لام ولده . واما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال اهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين ان رجلا اعتق ستة اعبد له الحديث على ماتقدم . واما من يدخل عليهم العتق كرهاً فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه فى احد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فاما من بعض العتق فانه ينقسم قسمين، احدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد الا الجزء المعتق ، والثانى ان يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا فى حكم ذلك فقال مالك والشافعى واحمد بن حنبل ان كان المعتق موسراً قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شئ وبقى المعتق بعضه عبدا وأحكامه احكام العبد وقال ابو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد فى قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للاول وبه قال الاوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن ابى ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى ايسر واما شريك المعتق فان الجمهور على ان له الخيار فى ان يعتق او يقوم نصيبه على المعتق وقال ابو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، احدها ان يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لا خلاف فيه بينهم ، والخيار الثانى ان تقوم عليه حصته، والثالث ان يكلف العبد السعى فى ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسيد المعتق عبده عنده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى

حديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ماعتق وعمدة محمد وابى يوسف صاحبى ابى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث ابى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شقصاً له فى عبد فخلاصه فى ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه اهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول فى ترجيح حديثه الذى اخذ به فمما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك فى الزيادة المعارضة فيه لحديث ابى هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ماعتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان فى الفاظه ايضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث ابى هريرة انه اختلف اصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية واما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية فى ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضررا فليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية حق ما شرعى لا يجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا اعتق الكل عليه واذا كان معسرا سعى العبد فى قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد منه فى الشرع نوعان، نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو ان يعتق على السيد من لا يجوز له بالشريعة ملكه وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو داخل بغير اختيار هو السعى واختلف مالك والشافعى فى أحد قوليه اذا كان المعتق موسرا هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية اعنى انه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق اتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه فى وقت الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك ان يعتق نصيبه لانه قد نفذ العتق وهذا بين وقول ابى حنيفة فى هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك فى بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد ان العتق باطل وقال قوم لا يقوم

على المعسر الكل وينفذ العتق فيمن اعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق موسراً او معسراً ويتبعه شريكه وسقط العسر فى بعض الروايات فى حديث ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول مالك من هذا فى فرع وهو اذا كان معسرا فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم حتى ايسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقصاً يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقى ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه فى حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم فى حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعى والثورى والاوزاعى واحمد وابن ابى ليلى ومحمد بن الحسن وابو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال ابو حنيفة واهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذى عتق ويسعى العبد فى الباقى وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور انه لما ثبتت السنة فى اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان احرى ان يجب ذلك عليه فى ملكه وعمدة ابى حنيفة ان سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر * فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق اعنى أن لا يقع فيه تبعيض او مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن امية عن ابيه عن جده أنه اعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه ، ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائى وابو داود عن ابى المليح عن ابيه ان رجلا من هذيل اعتق شقصا له من مملوك فتمم النبى عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التى تمسك بها الجمهور وصارت علتهم اولى لان العلة المنصوص عليها اولى من المستنبطة * فسبب اختلافهم تعارض الآثار فى هذا الباب وتعارض القياس * واما الاعتاق الذى يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعى من مثل بعبده اعتق عليه وقال ابو حنيفة والشافعى لا يعتق عليه وشذ الاوزاعى فقال من مثل بعبد غيره اعتق عليه والجمهور على انه يضمن مانقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع انفه فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبى صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق

الثانى قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث ابن عمر : من لطم مملوكه اوضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق فى ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل فى الشرع هو لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل واحاديث عمرو بن شعيب مختلف فى صحتها فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة واما هل يعتق على الانسان احد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا فى ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود واصحابه فانهم لم يروا ان يعتق احد على احد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل ابوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة ، احدها اصوله وهم الآباء والاجداد والجدات والامهات وآباؤهم وامهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة ، والثانى فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سفلوا وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط او بتوسط ذكر او انثى ، والثالث الفروع المشاركة له فى اصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وام اولاب فقط اولام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة. واما الشافعى فقال مثل قول مالك فى العمودين الاعلى والاسفل وخالفه فى الاخوة فلم يوجب عتقهم . واما ابو حنيفة فاوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ ومن اشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم* وسبب اختلاف اهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم فى مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام: لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وابوداود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعى وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعى واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هى ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولداً ان كل من فى السموات والارض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هى معنى غير العبودية التى يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة

والعبودية التى بين المخلوقين والمولاية هى عبودية بالشرع لا بالطبع اعنى بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما اراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة فى جنس الوجود اوفى نوعه اعنى ان الموجودين اللذين أحدهما اب والآخر ابن هما متقاربان جداً حتى انهما اما ان يكونا من نوع واحد اومن جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه فى جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح ان يكون فى الموجودات التى هاهنا شئ نسبته اليه نسبة الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد اقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذى بين السيد والعبد فى المرتبة اشد من التباعد الذى بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن فى الموجودات نسبة اشد تباعداً من هذه النسبة اعنى تباعد طرفيهما فى الشرف والخسة ضرب المثال بها اعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التى بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة اجاز ان يقول فى الناس انهم ابناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق بالعتق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره : وقد اختلفوا من احكام العتق فى مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن اعتق عبيدا له فى مرضه او بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى واصحابهما واحمد وجماعة اذا اعتق فى مرضه ولا مال له سواهم قسموا ثلاثة اجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم فى الوصية بعتقهم وخالف أشهب واصبغ مالكا فى العتق المبتل فى المرض فقالا جميعاً انما القرعة فى الوصية واما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين فى كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث انه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال ابو حنيفة واصحابه فى العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث انه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا فى ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة اعبد مثلا اعتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل فى ذلك اثنين منهم او اقل او اكثر وذلك ايضاً بالقرعة بعد ان يجبروا على القسمة اثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة اهل الحجاز ما رواه اهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق اربعة خرجه البخارى

ومسلم مسنداً وارسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد اوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاماً فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب ان ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بيناً من قواعد الشرع فى هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتم عليه فلما لم يمكن ههنا ان يتم عليه جمع فى اشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة فى ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق فى كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع فى اشخاص باعيانهم اصله حق الناس واختلفوا فى مال العبد اذا اعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء ابو حنيفة والثورى واحمد واسحق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك واهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال من اعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله : واما الفاظ العتق فان منها صريحاً ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار واما الالفاظ الصريحة فهو ان يقول انت حر او انت عتيق وما تصرف من هذه فهذه الالفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء واما الكناية فهى مثل قول السيد لعبده لا سبيل لى عليك اولا ملك لى عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق ام لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه فى هذا الباب اذا قال السيد لعبده يابنى اولامته يابنتى اوقال ياابى اويا امى فقال قوم وهم الجمهور لا عتق يلزمه وقال ابو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لو قال السيد لعبده هذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ما انت الا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب ايضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له انت حر وقال انما أردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعاً وقيل ينوى واتفقوا على ان من اعتق ما فى بطن امته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن اعتق امة واستثنى ما فى بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا فى سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم فى الطلاق اعنى قول القائل لعبده انت حر ان شاء الله وكذلك

اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعى وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق . واما أحكامه فكثيرة منها ان الجمهور على ان الابناء تابعون فى العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا ان يكون الاب عربياً ومنها اختلافهم فى العتق الى اجل فقال قوم ليس له ان يطاها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه اعنى من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعى وبالاول قال ابو حنيفة واصحابه والثورى وفروع هذا الباب كثيرة وفى هذا كفاية .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكتابة)

والنظر الكلى فى الكتابة ينحصر فى اركانها وشروطها واحكامها : اما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لاهل الامصار فى جنس جنس من هذه الاجناس .

(القول فى مسائل العقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم فى عقد الكتابة هل هو واجب او مندوب اليه فقال فقهاء الامصار انه مندوب وقال اهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) والامر على الوجوب واما الجمهور فانهم لما رأوا ان الاصل هو ان لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وايضاً فانه لما لم يكن للعبد ان يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض

فاحرى ان لايحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسئلة هى اقرب ان تكون من احكام العقد من ان تكون من اركانه وهذا العقد بالجملة هو ان يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على انه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع واختلفوا اذا كان فى لفظه ابهام ما فقال ابو حنيفة ومالك يجوز ان يكاتب عبده على جارية او عبد من غير ان يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعى لايجوز حتى يصفه فمن اعتبر فى هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى ان هذا العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم فى الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا مالا يجوز بين الاجنبى والاجنبى من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين فى الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعى واحمد وعن ابى حنيفة القولان جميعاً وعمدة من اجازه انه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها واما الاجل فانهم اتفقوا على انه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا فى هل تجوز حالة وذلك ايضاً بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهى التى يسمونها قطاعة لا كتابة واما الكتابة فهى التى يشترى العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فموضع الخلاف انما هو هل يجوز ان يشترى نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعى هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شئ وقال متأخروا اصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية ان السيد قد اوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطاً يتعذر غالباً فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط ان لايطأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى ان الكتابة من اركانها ان تكون منجمة وانه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على انه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا اديتها فانت حر انه اذا اداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون ان يقول له فاذا اديتها فانت حر فقال مالك وابو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعى فهو يتضمن جميع احكامه وقال قوم لايكون حراً حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف فى ذلك قول الشافعى ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم

ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولايلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب فى ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والابقى عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد الى كتابة مثله كالحال فى النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد اعنى كتابة مثله فى الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا العون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا فى القدر الواجب فقال بعضهم ماينطلق عليه اسم شئ وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل. احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع فى الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك فى العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لايقدر على السعى وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فاما كتابة المراهق القوى على السعى الذى لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبده مالايجوز بين الأجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعى وذلك موجود فى غير البالغ واما هل يجمع فى الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا فى ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لايعتق واحد منهم الا بعتق جميعهم فيه ايضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولى الشافعى واما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة اعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لايلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعى لايجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة مافى ذلك من الغرر لان قدر مايلزم واحداً واحداً من ذلك

لمجهول وعمدة من اجازه ان الغرر اليسير يستخف فى الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فمن رأى أن حمالة الاجنبيين فى الكتابة لا تجوز قال لا تجوز فى هذا وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شئ يرجع عليه وهذا الموضع كانه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض وانما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعى بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال ايضاً ان الجمع يكون سبباً لان يخرج حراً من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعى كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعى واما ابو حنيفة فشبهها بحمالة الاجنبى مع الاجنبى فى الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا ايضاً لا يجيز حمالة الكتابة واما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز ان يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن ابى ليلى واحمد وبالثالث قال ابو حنيفة والشافعى فى احد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لا يجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى ان له أن يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا ادى الكتابة اذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم واما اشتراط الاذن فضعيف وابو حنيفة يرى فى كيفة اداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما ادى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه ويرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول واما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعى فلا خلاف فيما اعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وانكر بعض العلماء أن يكاتب من لا حرفة له مخافة السؤال واجاز ذلك بعضهم

لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك ان تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة ان يكون ذلك ذريعة الى الزنا واجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا ام الولد اذ ليس له عند مالك ان يستخدمها

﴿ القول فى المكاتب ﴾

واما المكاتب فاتفقوا على ان من شرطه ان يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب ان يكاتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من افعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك ان يكاتب العبد المأذون له فى التجارة لان الكتابة عتق ولا يجوز له ان يعتق وكذلك لا تجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا ان يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته واما كتابة المريض فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز او يموت فتكون من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو فى المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالاركان اعنى المكاتب والمكاتب والكتابة واما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز ويشبه ان تكون اجناس الاحكام الاولى فى هذا العقد هو ان يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق او يرق ومن يدخل معه فى حال الكتابة ممن لا يدخل وتمييز ما بقى عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التى فى جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

﴿ الجنس الاول ﴾

فاما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا ادى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد ادى البعض فقال الجمهور هو عبد ما بقى عليه من كتابته شئ وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور اقوال اربعة ، احدها ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة والثانى انه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث انه يعتق ان ادى النصف فاكثر ، والرابع ان ادى الثلث والا فهو عبد وعمدة الجمهور ما خرجه ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم

قال ايما عبد كاتب على مائة اوقية فاداها الا عشرة اواق فهو عبد وايما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الان يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى اجل وقدمات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما ادى ما رواه يحيي بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النسائى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف فى احاديث عمر وبن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على اعنى بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا ادى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا ادى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان فى ذلك سنة بلغتهم وفى المسئلة قول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع عتق وبقى غريما فى باقى المال وقد قيل ان ادى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وام سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية فى ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك فى موطئه وايضا فهو احوط لاموال السادات ولان فى المبيعات يرجع فى عين المبيع له اذا افلس المشترى .

﴿ الجنس الثانى ﴾

واما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلافهم، واختلفوا هل للعبدان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم فى حق العبد وهى فى حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك فى ذلك ان العبد والسيد لا يخلوان يتفقا على التعجيز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد او بالعكس اعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز واما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين، احدهما ان يكون دخل فى الكتابة ولد اولا يكون فان كان دخل ولد فى الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طلب العبد التعجيز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على

السعى واما ان اراد السيد التعجيز وأباه العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمدادلتهم فى اصل الخلاف فى المسئلة فعمدة الشافعى ما روى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشترينى وتعتقينى فقالت لها ان اراد اهلك فجاءت اهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد فى هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها او الخيار مستويا فى الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع اهلها كانت كتابتها لا رقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب فى الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد اصله النكاح لانه غير لازم فى حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم فى حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذ كان ليس له ان يسترجع الصداق

﴿ الجنس الثالث ﴾

واما حكمه اذا مات قبل ان يؤدى الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدى من الكتابة شيئاً انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة ادوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا او يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شئ من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال ابو حنيفة انه يرثه بعد اداء كتابته من المال الذى ترك جميع اولاده الذين كاتب عليهم او ولدوا فى الكتابة واولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم او ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى اولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال ابو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن

الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولد واله فى الكتابة لان من ولد له اولاد فى الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم اومات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين * وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند ابى حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعى انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حراً بعد لان حريته انما تجب باداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبداً لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا بدفعه الى السيد واما مالك فحمل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة فمن حيث لم يورث اولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وارادت الام ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعى والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد واما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التى لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعى وترك ام ولد لا تستطيع السعى انها تباع ويؤدى منها باقى الكتابة وعند ابى يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند ابى حنيفة والشافعى واختلف اصحاب مالك فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق ام ولده ام لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال اشهب يعتق على كل حال وعلى اصل الشافعى كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون فى اداء ما عليهم من كتابته كانوا معه فى عقد الكتابة او كانوا ولد وا فى الكتابة وانما عليهم السعى وعلى اصل ابى حنيفة يكون حراً ولا بد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

﴿ الجنس الرابع ﴾

وهو النظر فيمن يدخل معه فى عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل فى كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على

دخول ما ولد له فى الكتابة فيها واختلفوا فى ام الولد على ما تقدم وكذلك اختلفوا فى دخول ماله ايضاً بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله فى الكتابة وقال الشافعى وابو حنيفة لا يدخل وقال الاوزاعى يدخل بالشرط اعنى اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك ام لا يملك وعلى هل يتبعه ماله فى العتق ام لا وقد تقدم ذلك

﴿ الجنس الخامس ﴾

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقى من احكام العبد فيه فنقول انه قد اجمع العلماء من هذا الباب على انه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيأ له قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه فى هذه الامور واشباهها اعنى انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلفوا من هذا الباب فى فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهبته او بعتقه الا بعد اداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع فى حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من اجازه ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد او من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحاً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من اجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا ايضاً فى ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم ياذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال ابو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعى فى ذلك القولان جميعاً والذين اجازوا ذلك اختلفوا فى ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هولاء بل ولاؤه على كل حال لسيده وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب فى حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان ينكح او يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم النكاح له واما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك واباحه سحنون من اصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب واجازه ابن القاسم فى السفر

القريب والعلة فى منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة فى جواز السفران به يقوى على التكسب فى اداء كتابته وبالجملة فللعلماء فى هذه المسئلة ثلاثة اقوال ، احدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولا يجوز ان يشترط عليه ان لا يسافر وبه قال ابو حنيفة والشافعى والقول الثانى انه ليس له ان يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له ان يسافر الا ان يشترط عليه سيده ان لا يسافر وبه قال احمد والثورى وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم فى هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال ابو حنيفة والثورى وللشافعى قولان ، احدهما اثبات الكتابة ، والآخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فاشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن اعتق ولا ولاء للمكاتب لانه ليس بحر واتفقوا على انه لا يجوز للسيد انتزاع شئ من ماله ولا الانتفاع منه بشئ واختلفوا فى وطء السيد امته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال احمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور انه وطء تقع الفرقة فيه الى اجل آت فاشبه النكاح الى اجل وعمدة الفريق الثانى تشبيهها بالمدبرة واجمعوا على انها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد ام لا فقال جمهورهم لا حد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيما اعلم على انه فى احكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك مما يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم فى بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط ان يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز مالم يؤد شيأ من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيأ وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جاز وهو قول الشافعى لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم فى حق العبد واحتج بحديث بريرة اذ بيعت وهى مكاتبة وعمدة من لم يجز بيع المكاتب ما فى ذلك من نقض العهد وقد امر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم ام لا وكذلك اختلفوا فى بيع الكتابة فقال الشافعى وابو حنيفة لا يجوز ذلك واجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن اجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة فى الدين وفى ذلك اثر عن النبى صلى الله عليه وسلم : اعنى فى الشفعة فى الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما يدخل فى ذلك من الدين بالدين وان

كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب او فضة معجلين او بعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لا للمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يجبر عبده على الكتابة ام لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان الكتابة ومنها شروط بحسب التراضى وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة فى كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة فى العقد والشروط الجائزة هى التى لا تؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون فى الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة او ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جنساً ثالثاً من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جاز وهذا ينبغى ان تفهمه فى سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اذا اشترط فى الكتابة شرطا من خدمة او سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل اجل الكتابة هل يعتق ام لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا ادى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا اعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة فى اصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب اخر وذلك انها اذا ذكرت فى هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت فى غيره ذكرت على انها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها فى هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لانها ملكت جزءاً منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال ابو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال فى ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى احق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل

يحاص سيده الغرماء ام لافقال الجمهور لايحاص الغرماء وقال شريح وابن ابى ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يغترق مابيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وابو حنيفة لاسبيل لهم الى رقبته وقال الثورى واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يفتك عنه سيده والقول فى هل يحاص سيده الغرماء اولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول فى جنايته وهو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التى هى فروع فى هذا الباب واصل فى باب الاقضية اختلافهم فى الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذى حضر منها الآن فى الذكر هو ماذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهى قريبة من المسموع فينبغى ان تثبت فى هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها فى الشرع وذلك ان قصدنا فى هذا الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها فى الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هى التى تجرى للمجتهد مجرى الاصول فى المسكوت عنها وفى النوازل التى لم يشتهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم اولم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب فى هذه المسائل وفهم اصول الاسباب التى اوجبت خلاف الفقهاء فيها ان يقول مايجب فى نازلة نازلة من النوازل اعنى ان يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعنى فى المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه اصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه فى ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه فى ذلك فتوى اولم يبلغ ذلك الناظر فى هذه الاصول فيمكنه ان يأتى بالجواب بحسب اصول الفقيه الذى يفتى على مذهبه وبحسب الحق الذى يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب أن نضع فى مذهب مالك كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التى تجرى فى مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذى عمله ابن القاسم فى المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ماكان عنده فى ذلك الجنس من مسائل مالك التى هى فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد فى

الاحكام والفتوى بيدان فى قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه مايكفيه فى ذلك ولذلك رأينا ان اخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب (بداية المجتهد وكفاية المقتصد) .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب التدبير ﴾

والنظر فى التدبير فى اركانه وفى احكامه. اما الاركان فهى اربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر واما الاحكام فصنفان احكام العقد واحكام المدبر .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لعبده انت حر عن دبر منى اويطلق فيقول انت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس فى التدبير والوصية على صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا فى مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية اوحكم التدبير اعنى اذا قال انت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت حر بعد موتى فالظاهر انه وصية والقول قوله فى ذلك ويجوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول ابى حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على سفر اويكون مريضاً وماشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة ان يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لايفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير. واما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته. واما المدبر فانهم اتفقوا على ان الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله او بعضه واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك والذى لم يدبر

حظه خياران ، احدهما ان يتقاومانه فان اشتراه الذى دبره كان مدبراً كله وان لم يشتره انتقض التدبير ، والخيار الثانى ان يقومه عليه الشريك وقال ابوحنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد فى قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسراً استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شئ من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه اوثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على مايفعل فى سنة العتق لان المال قدصار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الاركان اعنى احكام المدبر فلتثبت فى الاحكام واما المدبر فاتفقوا على ان من شروطه ان يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحاً اومريضاً وان من شرطه ان لا يكون ممن احاط الدين بماله لانهم اتفقوا على ان الدين يبطل التدبير واختلفوا فى تدبير السفيه فهذه هى اركان هذا الباب . واما احكامه فاصولها راجعة الى اجناس خمسة : احدها مماذا يخرج المدبر هل من رأس المال اوالثلث ، والثانى مايبقى فيه من احكام الرق مما ليس يبقى فيه اعنى مادام مدبراً ، والثالث مايتبعه فى الحرية مما ليس يتبعه ، والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه ، والخامس فى احكام تبعيض التدبير .

﴿ الجنس الاول ﴾

فاما مماذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى انه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم اهل الظاهر فمن رأى انه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : المدبر من الثلث الا انه اثر ضعيف عند اهل الحديث لانه رواه على بن ظبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن ظبيان متروك الحديث عند اهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشئ يخرجه الانسان من ماله فى حياته فأشبه الهبة واختلف القائلون بانه من الثلث فى فروع وهو اذا دبر الرجل غلاماله فى صحته واعتق فى مرضه الذى مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان فى الصحة وقال الشافعى يقدم المعتق المبتل لانه لا يجوز له رده ومن اصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هى احق بكتاب الوصايا .

﴿ واما الجنس الثانى ﴾

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال مالك وابوحنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعى واحمد واهل الظاهر وابو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابوحنيفة ومالك من هذه المسئلة فى فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال ابوحنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشترى اولم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من اجاز بيعه ماثبت من حديث جابر ان النبى صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية. واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى (ياايها الذين امنو اوفوا بالعقود) لانه عتق الى اجل فاشبه ام الولد او اشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا معارضة القياس للنص اوالعموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه فى حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب فى جواز وطء المدبرة فجمهور العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمنكوحة الى اجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد فى المدبر الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال فى العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً مخوفا فيكره له ذلك .

﴿ الجنس الثالث ﴾

فأما مايتبعه فى التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة فى هذا الباب اختلافهم فى ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح اوزنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى فى قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقون بعتقها واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها فى حياته انهم لا يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا فى العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا فى العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضاً باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان التدبير حرمة مافأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبدالعزيز وعطاء بن ابى رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك فى هذا ان كل

امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر اومعتقة الى اجل فمعتق الى اجل وكذلك ام الولد ولدها بمنزلتها وخالف فى ذلك اهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك واجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لامه فى الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا مااختلفوا فيه من التدبير ومن امة زوجها عربى واجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً واختلفوا فى المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى انه مدبر وقال الشافعى وابو حنيفة ليس يتبعه ولده فى التدبير وعمدة مالك الاجماع على ان الولد من ملك اليمين تابع للاب ماعدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه فى الحرية ماله عند مالك .

﴿ الجنس الرابع ﴾

واما النظر فى تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظاً له فى عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع اولى فلينقل اليه . واما من دبر جزأ من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك .

﴿ واما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير ﴾

فمن هذا الباب اختلافهم فى ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعى الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى فى الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة اولبعضها ومن هذا الباب اختلافهم فى النصرانى يدبر عبداً له نصرانياً فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعى يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصرانى ولا يباع عليه حتى يبين امر سيده فان مات عتق المدبر ما لم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا اسلم مدبر النصرانى قوم وسعى العبد فى قيمته ومدبر الصحه يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب امهات الاولاد)

واصول هذا الباب النظر فى هل تباع ام الولد ام لا وان كانت لا تباع فمتى تكون ام ولد وبماذا تكون ام ولد ولا يبقى فيها لسيدها من احكام العبودية ومتى تكون حرة (اما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه انه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدرى يجيزون بيع ام الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع امهات الاولاد والنبى عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه اهل الظاهر فى هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى ان يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين فى كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون اليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها فاذا كان ذلك وجب ان يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتأخرين من اهل الظاهر احدثوا فى هذا الاصل نقضا وذلك انهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور فى هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى مارية سريته لما ولدت ابراهيم : اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند اهل الحديث حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشأن وربما قالوا ايضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى ان لا يبعن فقال خالطت لحومنا

لحومهن ودماؤنا دماءهن واما متى تكون امولد فانهم اتفقوا على انها تكون ام ولداذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه اوبعدان ولدت منه فقال مالك لاتكون امولد اذاولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها وولدها وقال ابوحنيفة تكون امولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس ان تكون امولدفى جميع الاحوال اذكان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء امولده وقدقال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق . واماعاذا تكون ام ولدفان مالكاقال كل ماوضعت ممايعلم انهولد كانت مضغة اوعلقة وقال الشافعى لابدان يؤثر فى ذلك شئ مثل الحلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ماينطلق عليه اسم الولادة اومايتحقق انهمولود . واماماييقى فيهامن احكام العبودية فانهم اتفقوا على انها فى شهادتها وحدودها وديتها وارش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الامارو ى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعى هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانماله فيها الوطء فقط وقال الشافعى له ذلك وعمدة مالك انهلمالم يملك رقبتهابالبيع لم يملك استجارتها الاانه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده اضعف وعمدة الشافعى انعقاد الاجماع على انه يجوزله وطؤها . فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدهما وطؤها،والثانى بيعهافيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبها.واماىتى تكون حرةفانه لاخلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هواذامات السيد. ولااعلم الآن احداً قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثاث

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجنايات ﴾

والجنايات التى لهاحدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلاوجرحاوجنايات على الفروج وهو المسمى زناوسفاحاوجنايات على الاموال وهذه ما كان منهامأخوذاً بحرب سمى حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمى بغيا ومأخوذاً على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى

غصبا وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ماحرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجدفيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدى منها بالحدود التى فى الدماء فنقول ان الواجب فى اتلاف النفوس والجوارح هو اماقصاص واما مال وهو الذى يسمى الدية فاذاً النظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس والى القصاص فى الجوارح والنظر ايضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الى كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

(كتاب القصاص)

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبدأ من القصاص فى النفوس .

(كتاب القصاص فى النفوس)

والنظر اولافى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب اعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب اعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبدا اولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس اى قاتل اتفق يقتص منه ولاباى قتل اتفق ولامن اى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبد امن النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول .

﴿ القول فى شروط القاتل ﴾

فنقول انهم اتفقوا على ان القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه باتفاق ان يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى واحمد وابو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب

الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور واما اذا كان للآمر سلطان على المأمور اعنى المباشر فانهم اختلفوا فى ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وابو حنيفة وهو احد قولى الشافعى وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولى الشافعى وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الاكراه فى اسقاط كثير من الواجبات فى الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذى يسقط من علو والذى تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الآمر فقط شبه المأمور بالآلة التى لا تنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد انه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية فى قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على انه لو اشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له ان يقتل انساناً فيأكله واما المشارك للقاتل عمداً فى القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأً وقد يكون القاتل مكلفاً وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد واما اذا اشترك فى القتل عامد ومخطئ او مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبى او مجنون او حر وعبد فى قتل عبد عند من لا يقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى على العامد القصاص وعلى المخطئ والصبى نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعى فى ماله على ما يأتى وكذلك قالا فى الحر والعبد يقتلان العبد عمداً ان العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال فى المسلم والذمى يقتلان جميعاً وقال ابو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لا يتبعض وممكن ان تكون افاتة نفسه من فعل الذى لا قصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدماء فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس. واما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على انه العمد وذلك انهم اجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ واختلفوا فى هل بينهما وسط ام لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه الا فى الابن مع ابيه وقد قيل انه تخرج

عنه فى ذلك رواية اخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وابو موسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع فى الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من اجلها الضرب فقال ابو حنيفة كل ما عدا الحديد من القصب او النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال ابو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعى شبه العمد ما كان عمداً فى الضرب خطأً فى القتل أى ما كان ضرباً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأً فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لا واسطة بين الخطأ والعمد اعنى بين ان يقصد القتل او لا يقصده وعمدة من اثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغالب اعنى حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا فى حقنا لا فى حق الآمر فى نفسه عند الله تعالى اما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه واما شبهه للخطأ فمن جهة انه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: الا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون فى بطونها اولادها الا انه حديث مضطرب عند اهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره ابو عمر بن عبد البر وان كان ابو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من اثبته تجب به الدية ولا خلاف فى مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والنائرة يجب به القصاص واختلف فى الذى يكون عمداً على جهة اللعب او على جهة الادب لمن أبيح له الادب. واما الشرط الذى يجب به القصاص فى المقتول فهو ان يكون مكافئاً لدم القاتل والذى به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل فى هذه الاربعة انه يجب القصاص واختلفوا فى هذه الاربعة اذا لم تجتمع اما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى والليث واحمد وابو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال ابو حنيفة واصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل او عبد غير القاتل وبه قال النخعى فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه

الصلاة والسلام: المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم *فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم ان العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة ايضاً لمن قال يقتل الحر بالعبد مارواه الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل الحر وجب ان يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . واما قتل المؤمن بالكافر الذمى فاختلف العلماء فى ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لايقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعى والثورى واحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك ابوحنيفة واصحابه وابن ابى ليلى وقال مالك والليث لايقتل به الا ان يقتله غيلة وقتل الغيلة ان يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ماروى من حديث على انه سأله قيس بن عبادة والاشتر هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده الى الناس قال لا الا مافى كتابى هذا واخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم الا لايقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده من احدث حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين خرجه ابوداود وروى ايضا عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لايقتل مؤمن بكافر واحتجوا فى ذلك باجماعهم على انه لايقتل مسلم بالحربى الذى امن واما اصحاب ابى حنيفة فاعتمدوا فى ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن ابى عبدالرحمن عن عبدالرحمن السلمانى قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من اهل القبلة برجل من اهل الذمة وقال انا احق من وفى بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لايقتل مؤمن بكافر فراى انه اريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد وضعف اهل الحديث حديث عبدالرحمن السلمانى وماروو من ذلك عن عمر واما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين فى ان يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه *فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى واحمد وابو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم جميعاً وقال داود واهل الظاهر لاتقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وكذلك عند هذه

الطائفة لاتقطع ايد بيد اعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك فى قطع يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الاطرف واحد وسيأتى هذا فى باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب فى قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة ياأولى الالباب) واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمد واقتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض ان يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالباً على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سبباً للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين) واما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى انه اجماع الا ما حكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى فى المنتقى عن الحسن البصرى انه لايقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى فى معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والانثى بالانثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى فى قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد فى غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها اعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد فى قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب فى الاب والابن فقال مالك لايقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف او عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : لاتقام الحدود فى المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين . وسبب اختلافهم مارووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابناً له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر ابن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة ثم قال اين اخو المقتول فقال ها انا ذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شئ فان

مالكا حمل هذا الحديث على انه لم يكن عمداً محضاً واثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والاب . واما الجمهور فحملوه على ظاهره من انه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . واما مالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون فى امثال هذه الاحوال على انه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الاب حيث اتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما عللوا درء الحد عن الاب لمكان حقه على الابن والذى يجئ على اصول اهل الظاهر ان يقاد فهذا هو القول فى الموجب

﴿ واما القول فى الموجب ﴾ فاتفقوا على ان لولى الدم احد شيئين القصاص او العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على اخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون ان يكون فى ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين اعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه ان يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا او العفو فقال مالك لا يجب للولى الا ان يقتص او يعفو عن غير دية الا ان يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى واحمد وابو ثور وداود واكثر فقهاء المدينة من اصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ الدية رضى القاتل او لم يرض وروى ذلك اشهب عن مالك الا ان المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث انس بن مالك فى قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب انه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث ابى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين ان يأخذ الدية وبين ان يعفوها حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة فى انه ليس له الا القصاص والثانى نص فى ازالة الخيار والجمع بينهما ممكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا امكن وانه اولى من الترجيح وايضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا انفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه ان يفديها اصله اذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه به اعنى انه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان

للمقتول اولياء صغار وكبار ان يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذ كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فافتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهو ان لا ينتظر الصغير فافتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب اهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية واما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو او فى القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة فى القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر فى الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثورى واحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى اسقاط القصاص وفى اسقاط حظه من الدية وفى الاخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انما هى للذكران دون الاناث واختلف العلماء فى المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل ان يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك فى المقتول خطأً اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وابو حنيفة والاوزاعى وهذا احد قولى الشافعى وقالت طائفة اخرى لا يلزم عفوه وللاولياء القصاص او العفو وممن قال به ابو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى فى ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت او لم يعف وعمدة الجمهور ان الشئ الذى جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه واقيم مقامه فكان المقتول احق بالخيار من الذى اقيم مقامه بعد موته وقد اجمع العلماء على ان قوله تعالى (فمن تصدق به فهو كفارة له) ان المراد بالمتصدق هاهنا هو المقتول يتصدق بدمه وانما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه واما اختلافهم

فى عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعى وابو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك فى ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز فى جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمدة الجمهور انه واهب مالاله بعد موته فلم يجز الا فى الثلث اصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له ان يعفو عن الدم فهو احرى ان يعفو عن المال وهذه المسئلة هى اخص بكتاب الديات و اختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجراحات فمات منها هل للاولياء ان يطالبوا بدمه ام لا فقال مالك لهم ذلك الا ان يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤل اليه وقال ابو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فمنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من اقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى واما من يرى انه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف فى انه لا يسقط ذلك طلب الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى فأحرى ان لا يسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا فى القاتل عمداً يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق ام لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال اهل المدينه وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى واحمد واسحاق وابو ثور لا يجب عليه ذلك وقال ابو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤدبه الامام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا اثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع و ان التحديد فى ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت فى ذلك .

﴿ القول فى القصاص ﴾

والنظر فى القصاص هو فى صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص فى النفس فان العلماء اختلفوا فى ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقاً ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الا ان يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له اروح واختلف اصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال ابو حنيفة واصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الاول حديث انس ان يهوديا رضخ رأس

امرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر او قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة واما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة ان يجور فيه واما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم يكن مقراً واختلفوا هل من شرط القصاص ان لا يكون الموضع الحرم واجمعوا على ان الحامل اذا قتلت عمداً انه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص فى النفس واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض اهل الظاهر لا يقتص منه من اجل انه عليه السلام سم هو واصحابه فلم يتعرض لمن سمه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص او الدية او العفو ومنها ما فيه الدية او العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر أيضاً ههنا فى شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح وفى الحكم الواجب الذى هو القصاص وفى بدله ان كان له بدل

(القول فى الجارح)

ويشترط فى الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك فى القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بلا خلاف وان كان الخلاف فى مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة واقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف ان الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال اهل الظاهر لا تقطع يدان فى يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع اعضاء بعضو وتقتل انفس بنفس وعندهم ان الاطراف تتبعض وازهاق النفس لا يتبعض واختلف فى الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه فى الحدود هل هو بلوغ فيها ام لا والاصل فى هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم

من انبت وجرت عليه المواسى كمأن الاصل فى السن حديث ابن عمر انه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة

﴿ القول فى المجروح ﴾

واما المجروح فانه يشترط فيه ان يكون دمه مكافئاً لدم الجارح والذى يؤثر فى التكافؤ العبودية والكفر اما العبد والحر فانهم اختلفوا فى وقوع القصاص بينهما فى الجرح كاختلافهم فى النفس فمنهم من رأى انه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال فى النفس ومنهم من رأى انه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الاعلى للادنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هى حال العبيد مع الاحرار واما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة اقوال ، احدها ان القصاص بينهم فى النفس ومادونها وهو قول الشافعى وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك ، والقول الثانى انه لا قصاص بينهم لا فى النفس ولا فى الجرح وانهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة والثالث ان القصاص بينهم فى النفس دون مادونها وبه قال ابو حنيفة والثورى وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروى عن عمر ان بن الحصين ان عبداً لقوم فقراء قطع اذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

﴿ القول فى الجرح ﴾

واما الجرح فانه يشترط فيه ان يكون على وجه العمد اعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو ان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح او لا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً واما ان جرحه على وجه اللعب او بما لا يجرح به غالباً او على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع فى القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فان ابا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لا يقتل وهو شذوذ منه اعنى بالخلاف هل فيه القصاص او الدية ان كان الجرح مما فيه الدية واما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من

جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد ايضاً بلا خلاف وفى تمييز العمد منه من غير العمد خلاف اما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالباً اوضربه على وجه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص واما ان ضربه بلطمة اوسوط او ماشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقأ عينه فالذى عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك والمشهور فى المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا فى الاب مع ابنه وذهب ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد الى ان شبه العمد انما هو فى النفس لا فى الجرح واما ان جرحه فاتلف عضواً على وجه اللعب ففيه قولان ، احدهما وجوب القصاص ، والثانى نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ اعنى فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . واما ما يجب فى جراح العمد اذا وقعت على الشروط التى ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما امكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود فى المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان فى معنى هذه من الجراح التى هى متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما اشبه ذلك وقد اختلف قول مالك فى المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوى فى القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر او بعض السمع ويمنع القصاص ايضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفقأ اعمى عين بصير واختلفوا من هذا فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان احب فله الدية كاملة الف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعى وهو ايضاً منقول عن مالك وبقول الشافعى قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود او ما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقأها فى واحدة فكانه اقتص من اثنين فى واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى انه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصله فتأمله فانه بين بنفسه والله اعلم واما هل

المجروح مخير بين القصاص واخذ الدية ام ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على اخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين فى القتل وكذلك احد قولى مالك فى الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين ان يفقأ عين الاعور او يأخذ الدية الف دينار او خمسمائة على الاختلاف فى ذلك .

(واما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعى على الفور فالشافعى تمسك بالظاهر ومالك رأى ان يعتبر ما يؤول اليه امر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس واختلف العلماء فى المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعى وابو يوسف ومحمد لا شئ على المقتص وروى عن على وعمر مثل ذلك وبه قال احمد وابو ثور وداود وقال ابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هى فى ماله وقال عثمان البتى يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لا شئ على الذى قطع يده وعمدة ابى حنيفة انه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك فى الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة ان يموت المقاد منه وقد قيل ان المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد فى الجنايات على النفس وفى الجنايات على اعضاء البدن وينبغى ان نصير الى حكم الخطأ فى ذلك ونبتدى بحكم الخطأ فى النفس .

(كتاب الديات فى النفوس)

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا) والديات تختلف فى الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف ايضاً بحسب العمد اذا رضى بها اما الفريقان واما من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر فى الدية هو فى موجبها اعنى فى أى قتل تجب ثم فى نوعها وفى قدرها وفى الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب فاما فى اى قتل تجب فانهم اتفقوا على انها تجب فى قتل الخطأ وفى العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى وفى العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على انه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم فى تضمين الراكب والسائق والقائد واما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على ان دية الحر المسلم على اهل الابل

مائة من الابل وهى فى مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطا ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عند مالك فى الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . واما الشافعى فالدية عنده اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطا والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد . واما ابو حنيفة فالديات عنده اثنان ايضاً دية الخطا ودية شبه العمد وليس عنده دية فى العمد وانما الواجب عنده فى العمد ما اصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميتها دية الا ما روى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا تخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفة وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده فى المشهور الا فى مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعى انها تكون فى شبه العمد اثلاثا ايضاً وروى ذلك ايضاً عن عمر وزيد بن ثابت وقال ابو ثور الدية فى العمد اذا عفا ولى الدم اخماساً كدية الخطأ واختلفوا فى اسنان الابل فى دية الخطا فقال مالك والشافعى هى اخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال ابو حنيفة واصحابه اعنى التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها ارباعا اسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث فى ذلك مسند فدل على الاباحة والله اعلم كما قال ابو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال فى دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث ابو عمر بانه روى عن حنيف بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال واحب الى فى ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف فى ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج ابو داود عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطا فديته من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال ابو سليمان الخطابى هذا الحديث لا اعرف احداً من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال اكثر العلماء ان دية الخطا اخماس وان كانوا اختلفوا فى الاصناف وقد روى ان دية الخطا مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبى والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء

جعلوها خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنات لبون وخمساً وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه ابو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر فى اسنان فيها وقياس من اخذ بحديث التخميس فى الخطا وحديث التربيع فى شبه العمد وان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول فى دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعى ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور اقاويلهم فى الدية التى تكون من الابل على اهل الابل واما اهل الذهب والورق فانهم اختلفوا ايضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق اثناعشر الف درهم وقال اهل العراق على اهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعى بمصر لا يؤخذ من اهل الذهب ولا من اهل الورق الا قيمة الابل بالغاً ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار وعلى اهل الورق باثنى عشر الف درهم وعمدة الحنيفة ما رووا ايضاً عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها فى الزكاة واما الشافعى فيقول ان الاصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمر انما جعل فيها الف ديناد على اهل الذهب واثنى عشر الف درهم على اهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق فى زمانه والحجة له ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده انه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية اهل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قد غلت ففرضها عمر على اهل الورق اثنى عشر الف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى اهل الشاة الفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة وترك دية اهل الذمة لم يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك ديناً بدين لاجماعهم ان الدية فى الخطا مؤجلة ثلاث سنين ومالك وابو حنيفة وجماعة متفقون على ان الدية لا تؤخذ الا من الابل او لذهب او الورق وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على اهل الشاة الفا شاة وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمر و بن شعيب عن ابيه عن جده المتقدم وما اسنده ابو بكر بن ابى شيبة عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى اموالهم ما كانت على اهل الابل مائة بعير وعلى اهل الشاة الفا شاة وعلى اهل البقر مائتا بقرة وعلى اهل

البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز انه كتب الى الاجناد ان الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى اصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فعدلها من الشاة الف شاة ولان اهل العراق ايضاً رووا عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام على اهل الطعام وبالخيل على اهل الخيل وهذا لا يقول به احد والنظر فى الدية كما قلت هو فى نوعها وفى مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب . اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه فى الذكور الاحرار المسلمين واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطأ تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) ومن قوله عليه الصلاة والسلام لابى رمثة لولده لا يجنى عليك ولا تجنى عليه واما دية العمد فجمهورهم على انها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً ولا صلحاً فى عمد وجمهورهم على انها لا تحمل من اصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم فى قطع الاعضاء وروى عن عمر ان رجلا فقأ عين نفسه خطا فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا فى دية شبه العمد وفى الدية المغلظة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون والصبى على من تجب فقال مالك وابو حنيفة وجماعة انه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى عمد الصبى فى ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبى بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد اوجب الدية فى ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ اوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك فى القتل عامد وصبى والذين اوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبى الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على اصله فى مال الصبى وقال مالك على العاقلة واما ابو حنيفة فيرى ان لا قصاص بينهما واما متى تجب فانهم اتفقوا على ان دية الخطأ مؤجلة فى ثلاث سنين واما دية العمد فحالة الا ان يصطلحا على التأجيل واما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من اهل الحجاز اتفقوا على ان العاقلة هى القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون اهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بنى ابيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى ابيه وقال ابو حنيفة واصحابه العاقلة هم اهل ديوانه ان كان من اهل

ديوان وعمدة اهل الحجاز انه تعاقل الناس فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى زمان ابى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان فى زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا حلف فى الاسلام وايما حلف كان فى الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة والجملة فتمسكوا فى ذلك بنحو تمسكهم فى وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا فى جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل ام لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود واصحابه وقال من جعل ولاءه لمن اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله فى بيت المال ومن قال ان للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر فى نقصان الدية هى الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل فى النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سيأتى القول فيه فى ديات الجروح والاعضاء واما دية اهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان للعلماء فى ذلك ثلاثة اقوال ، احدها ان ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين ، والقول الثانى ان ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعى وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين ، والقول الثالث ان ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال ابو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مومنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل فى بيت المال نصفها واعطى اهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية والغى الذى جعله معاوية فى بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى ان اذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره ان الدية قد كانت تامة لاهل الذمة . واما اذا قتل العبد خطأ او عمداً على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال

مالك والشافعى وابو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال ابو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص فوجب ان لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من اوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر انه مكلف ناقص فوجب ان يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع اصله الحد فى الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه انها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه اعنى فى دية الخطا لكن لم يقل به احد وعمدة مالك انه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة اصله سائر الاموال واختلف فى الواجب فى العبد على من يجب فقال ابو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعى وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعى قياسه على الحر

(ومما يدخل فى هذا الباب)

من انواع الخطا دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وانما هو عمد فى امه خطأ فيه والنظر فى هذا الباب هو ايضاً فى الواجب فى ضروب الاجنة وفى صفة الجنين الذى يجب فيه الواجب وعلى من تجب ولمن يجب وفى شروط الوجوب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على ان الواجب فى جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث ابى هريرة وغيره ان امراتين من هذيل رمت احداها الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد او وليدة واتفقوا على ان قيمة الغرة الواجبة فى ذلك عند من رأى ان الغرة فى ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هى نصف عشر دية امه الا ان من رأى ان الدية الكاملة على اهل الدراهم هى عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى انها اثنا عشر الف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا فى ذلك حداً او لم يحدوها من جهة القيمة واجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب فى ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود واهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة اجزا ولا يجزئ عنده القيمة فى ذلك فيما احسب واختلفوا فى الواجب فى جنين الامة وفى جنين الكتابية فذهب مالك والشافعى الى ان فى جنين الامة عشر قيمة امه ذكراً كان او انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان انثى فيه عشر قيمة امه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال ابو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حياً ان فيه قيمته وقال ابو يوسف فى جنين الامة اذا سقط ميتاً منها ما نقص من قيمة امه واما جنين الذمية

فقال مالك والشافعى وابو حنيفة فيه عشر دية امه لكن ابو حنيفة على اصله فى ان دية الذمى دية
المسلم والشافعى على اصله فى ان دية الذمى ثلث دية المسلم ومالك على اصله فى ان دية الذمى
نصف دية المسلم واما صفة الجنين الذى تجب فيه فانهم اتفقوا على ان من شروطه ان
يخرج الجنين ميتاً ولا تموت امه من الضرب واختلفوا اذا ماتت امه من الضرب ثم سقط
الجنين ميتاً فقال الشافعى ومالك لاشئ فيه وقال اشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة
والزهرى واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهى العلامة التى تدل على سقوطه
حياً اوميتاً فذهب مالك واصحابه الى ان علامة الحياة الاستهلال بالصياح او البكاء وقال
الشافعى وابو حنيفة والثورى واكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة فى العادة من حركة
اوعطاس اوتنفس فاحكامه احكام الحى وهو الاظهر واختلفوا من هذا الباب فى الخلقة
التى توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة اوعلقة مما يعلم انه ولد ففيه الغرة
وقال الشافعى لاشئ فيه حتى تستبين الخلقة والاجود ان يعتبر نفخ الروح فيه اعنى
ان يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه . واما على من تجب
فانهم اختلفوا فى ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصرى هى
فى مال الجانى وقال آخرون هى على العاقلة وممن قال بذلك الشافعى وابو حنيفة والثورى
وجماعة وعمدتهم انها جناية خطا فوجبت على العاقلة وما روى ايضاً عن جابر بن عبد الله
ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدا بزوجها
وولدها واما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمداً واما لمن تجب فقال مالك
والشافعى وابو حنيفة هى لورثة الجنين وحكمها حكم الدية فى انها موروثة وقال ربيعة
والليث هى للام خاصة وذلك انهم شبهوا جنينها بعضو من اعضائها ومن الواجب الذى
اختلفوا فيه فى الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعى الى
ان فيه الكفارة واجبة وذهب ابو حنيفة الى انه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم
يوجبها فاما الشافعى فانه اوجبها لان الكفارة عنده واجبة فى العمد والخطا واما ابو حنيفة
فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده فى العمد واما مالك فلما كانت
الكفارة لا تجب عنده فى العمد وتجب فى الخطأ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ
استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن انواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم فى تضمين
الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة واحتجوا فى
ذلك بقضاء عمر على الذى اجرى فرسه فوطئ آخر بالعقل وقال اهل الظاهر
لا ضمان على احد فى جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم
من حديث ابى هريرة انه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفى الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب
ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا اصابت الدابة احداً وعليها راكب اولها قائد او سائق
فان الراكب لها او السائق او القائد هو المصيب ولكن خطأ واختلف الجمهور فيما
اصابت الدابة برجلها فقال مالك لاشئ فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيأ يبعثها به
على أن ترمح برجلها وقال الشافعى يضمن الراكب ما اصابت بيدها او برجلها وبه قال
ابن شبرمة وابن ابى ليلى وسويا بين الضمان برجلها او بغير رجلها وبه قال ابو حنيفة الا
انه استثنى الرمحة بالرجل او بالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه
صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعى ورده واقاويل
العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر فى موضع جرت
العادة الحفر فى مثله لم يضمن وان تعدى فى الحفر ضمن وقال الليث ان حفر فى ارض
يملكها لم يضمن وان حفر فيما لا يملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك
اختلفوا فى الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان اوقفها بحيث يجب له أن يوقفها لم يضمن وان
لم يفعل ضمن وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن
يربطها بموضع يجوز له أن يربطها فيه كما لا يبرئه ركوبها من ضمان ما اصابته وان كان
الركوب مباحا واختلفوا فى الفارسين يصطدمان فيموت كل واحد منهما فقال مالك
وابو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعى
وعثمان البتى على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من
فعل نفسه وفعل صاحبه واجمعوا على ان الطبيب اذا اخطأ لزمته الدية مثل أن يقطع
الحشفة فى الختان وما اشبه ذلك لانه فى معنى الجانى خطأ وعن مالك رواية انه ليس
عليه شئ وذلك عنده اذا كان من اهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل
الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد فى ذلك مع الاجماع حديث عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك
الطب فهو ضامن والدية فيما اخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن اهل العلم
من جعله فى مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من اهل الطب انها فى ماله على ظاهر
حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التى نص الله عليها فى قتل الحر
خطأ واجبة واختلفوا فى قتل العمد هل فيه كفارة وفى قتل العبد خطأ فأوجبها
مالك فى قتل الحر فقط فى الخطأ دون العمد واوجبها الشافعى فى العمد من طريق الاولى
والاحرى وعند مالك ان العمد فى هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا فى تغليظ الدية
فى الشهر الحرام وفى البلد الحرام فقال مالك وابو حنيفة وابن ابى ليلى لا تغلظ الدية فيهما

وقال الشافعى تغلظ فيهما فى النفس وفى الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزاد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعى من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وابى حنيفة عموم الظاهر فى توقيف الديات فمن ادعى فى ذلك تخصيصاً فعليه الدليل مع انهم قد اجمعوا على انها لا تغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعى ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شىء مخالف للقياس وجب حمله على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن اصول الشرع وللفريق الثانى ان يقول انه قد ينقدح فى ذلك قياس لما ثبت فى الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾

والاشياء التى تجب فيها الدية فيما دون النفس هى شجاج واعضاء فلنبدأ بالقول فى الشجاج والنظر فى هذا الباب فى محل الوجوب وشرطه وفى قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فاما محل الوجوب فهى الشجاج او قطع الاعضاء والشجاج عشرة فى اللغة والفقه اولها الدامية وهى التى تدمى الجلد ثم الحارصة وهى التى تشق الجلد ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم اى تشقه ثم المتلاحمة وهى التى اخذت فى اللحم ثم السمحاق وهى التى تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهى التى توضح العظم اى تكشفه ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهى التى يطير العظم منها ثم المأمومة وهى التى تصل ام الدماغ ثم الجائفة وهى التى تصل الى الجوف واسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع فى البدن فهذه اسماء هذه الشجاج فأما احكامها اعنى الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع فى عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ واتفقوا على انه ليس فيما دون الموضحة خطأ عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم اجرة الطبيب الا ما روى عن عمر وعثمان انهما قضيا فى السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن على انه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال فى الدامية بعير وفى الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة ابعرة وفى السمحاق اربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل فى الجراح الحكومة الا ما وقت فيه السنة حدا ومالك يعتبر فى الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين اولم تبرأ فهذه هى احكام مادون الموضحة * فأما الموضحة فجميع

الفقهاء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء فى موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا اعنى على وجوب القصاص فى العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا فى جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الاعلى ولا تكون فى اللحى الاسفل لانه فى حكم العنق ولا فى الانف. واما الشافعى وابو حنيفة فالموضحة عندهما فى جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون فى الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة فى الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت فى الجسد كانت على النصف من ديتها فى الوجه والرأس وروى عن عمر انه قال فى موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلظ بعض العلماء فى موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول سليمان بن يسار ومرة قال لا يزاد فيها على عقلها شىء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك انه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته ان لو كان عبداً . واما الهاشمة ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة . وقال بعض العلماء الهاشمة هى المنقلة وشذ. واما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ . فاما اذا كانت عمداً فجمهور العلماء على ان ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقاد منها ومن المأمومة . واما الهاشمة فى العمد فروى ابن القاسم عن مالك انه ليس فيها قود ومن اجاز القود من المنقلة كان احرى ان يجيز ذلك من الهاشمة. واما المأمومة فلا خلاف انه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير . واما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت فى الظهر والبطن واختلفوا اذا وقعت فى غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده فى هذا لا يسوغ وانما عنده فى ذلك الاجتهاد من غير توقيف . واما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ماروى عن عمر فى موضحة الجسد . واما الجراحات التى تقع فى سائر الجسد فليس فى الخطأ منها الا الحكومة .

﴿ القول فى ديات الأعضاء ﴾

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأً مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم فى العقول ان فى النفس مائة من الابل وفى الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفى المأمومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذا مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء اجمعوا على ان فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على ان فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على ان فى كل زوج من الانسان الدية ماخلا الحاجبين وثديى الرجل واختلفوا فى الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا فى ذهاب السمع الدية مفردة. واما مالك فالمشهور عنده انه لا تجب فى الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابى بكر انه قضى فى الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر او العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية. واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان فى ذهاب السمع الدية واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فالم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضاً فان الحواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين اعنى ضروريا فى الخلقة. واما الاجفان فقيل فى كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى لانه لا بقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعلين الثلثان واجمعوا على ان من اصيب من اطرافه

اكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وانفه فله ديتان . واما الانثيان فاجمعوا ايضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ما روى عن سعيد بن المسيب انه قال فى البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . واما المفردة فان جمهورهم على ان فى اللسان خطأً الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا فى القصاص فيه عمداً فمنهم من لم ير فيه قصاصاً واوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفى لكن الشافعى يرى الدية فى مال الجانى والكوفى ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره فى اللسان عمداً القصاص. واما الانف فأجمعوا على انه اذا اوعب جدعا على ان فيه الدية على ما فى الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم او لم يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية وفى ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة واجمعوا على ان فى الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا فى لسان الاخرس وفى اليد الشلاء فمنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة واقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم فى باقى الذكر حكومة. واما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما فى عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم اعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا ايضاً على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية * فسبب اختلافهم فى هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه انه امر بالذى اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة واعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا فى الارض ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة واعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضا عند اول ما خفيت عنه فى الارض خطا ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه

قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه فى مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بان يختبر ذلك منه مرارا شتى فى مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا انه صادق واختلف العلماء فى الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعى وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعى على انه كان من زيد تقويما لا توقيتا او روى عن عمر بن الخطاب وعبدالله بن عباس انهما قضيا فى العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء فى كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم فى قلعها بعد اسودادها دية . واختلف العلماء فى الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعى وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من اصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود وما اصطلحوا عليه وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود انه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهى دية كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر ان عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها فى حقه فى معنى العينين كلتيهما الا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل اعنى ان فى العين الواحدة نصف الدية وعمدة ابى حنيفة ان العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت فى باب القود فى الجراح وقال جمهور العلماء وائمة الفتوى مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى وغيرهم ان فى كل اصبع عشراً من الابل وان الاصابع فى ذلك سواء وان فى كل انملة ثلث العشر الا ماله من الاصابع انملتان كالابهام ففى انملته خمس من الابل وعمدتهم فى ذلك ماجاء فى حديث عمرو بن حزم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفى كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم فى الدية من الورق فهى غند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف فى عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى فى الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية وفى الوسطى بعشر فرائض وفى التى تليها بتسع وفى الخنصر بست وروى عن مجاهد انه قال فى الابهام خمسة عشر من الابل وفى التى تليها عشر وفى الوسطى عشر وفى التى

تليها ثمان وفى الخنصر سبع . واما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى فى الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير فى الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على ان فى كل سن من اسنان الفم خمساً من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى فى الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها فى مقدم الفم . واما التى فى مقدم الفم فلا خلاف ان فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن المسيب فى الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض فى ذلك على ابن عباس فقال اتجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء عمدة الجمهور فى ذلك ما ثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال فى السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التى فى مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها ايضا بالاصابع التى استوت دياتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه ان يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود فى قطع ما قطع وقلع ما قلع واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك واصحابه الى ان القود فى كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لا قصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص فى عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن عبد البر ثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم اقاد فى السن المكسورة من حديث انس قال وقد روى من حديث آخر ان النبى عليه الصلاة والسلام لم يقد من العظم المقطوع فى غير المفصل الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك ان ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم اقاد من كسر الفخذ واتفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل فى النفس واختلفوا فى ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل فى عقلها من الشجاج والاعضاء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعنى دية اعضائها من اعضائه مثال ذلك ان فى كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفى اثنين منها عشرون وفى ثلاثة ثلاثون وفى اربعة عشرون وبه قال مالك واصحابه والليث بن سعد ورواه مالك عن

سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قولى ابن مسعود وهو مروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة فى جراحها واطرافها على النصف من دية الرجل فى قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعى والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو ان دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس فى الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثير مخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتى ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الا مراسل وما روى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابى عبد الرحمن كم فى اربع من اصابعها قال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال اعراقى انت قلت بل عالم متثبت او جاهل متعلم قال هى السنة وروى ايضاً عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن ابيه وعكرمة وقد رأى قوم ان قول الصحابى اذ خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن فى هذا ضعف اذا كان يمكن ان يترك القول به اما لانه لا يرى القياس واما لانه عارضه فى ذلك قياس ثان او قلد فى ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على اعضائهم الذكور منهم والاناث واما جراح العبيد وقطع اعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى ان فى جراحهم وقطع اعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى ان الواجب فى ذلك من قيمته قدر ما فى ذلك الجرح من ديته فيكون فى موضحته نصف عشر قيمته وفى عينه نصف قيمته وبه قال ابو حنيفة والشافعى وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر فى ذلك كله ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها فى الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال ابو حنيفة تحمل من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثورى وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعى وعثمان البتى تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعى هى ان

الاصل هو أن العاقلة هى التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم

﴿ كتاب القسامة ﴾

اختلف العلماء فى القسامة فى اربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب . ﴿المسئلة الاولى﴾ هل يجب الحكم بالقسامة ام لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم او الدية او دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون او المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعد لوثا يجب به أن يبدأ المدعون بالايمان

﴿المسئلة الاولى﴾ اما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعى وابو حنيفة واحمد وسفيان وداود واصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وابو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمدة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من اهل الحديث الا انهم مختلفون فى الفاظه على ما سيأتى بعد وعمدة الفريق النافى لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل فى الشرع أن لا يحلف احد الا على ما علم قطعاً او شاهد حسا واذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم اولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل فى بلد آخر ولذلك روى البخارى عن ابى قلابة أن عمر بن عبد العزيز أبرز سريره يوما للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون فى القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد اقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابة ونصبنى للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد ارأيت لو أن خمسين رجلا شهدوا على رجل انه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال لا قلت افرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه

ا كنت تقطعه قال لا وفى بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا وهم عندك اقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز فى القسامة انهم ان اقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فاقده ولا تقتل بشهادة الخمسين الذين اقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير فى اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان البينة على من ادعى واليمين على من انكر ومن حجتهم انهم لم يروا فى تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يمينا اعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هى السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص فى القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول اولى . واما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة فى ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات جعلت هذه السنة حفظاً للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا اجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سلبهم والله اعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك واحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ وقال الشافعى والثورى وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسمون أربعة اقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن ابى ليلى عن سهل بن ابى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم او قاتلكم . واما عمدة من اوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الاموال اعنى فى الشرع

مثل ما ثبت من الحكم فى الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه او بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن ابى ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف فى اسناده فارسله مالك واسنده غيره قال القاضى يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب فى ان لم يخرج البخارى هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس فى ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية واما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والاحاديث التى نذكرها فيما بعد ان شاء الله

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلف القائلون بالقسامة اعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال او دم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد فى الآثار فقال الشافعى واحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من اهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن ابى ليلى عن سهل بن ابى حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ما خرجه البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار ان رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا ايضاً بما خرجه ابو داود ايضاً عن ابى سلمة بن ابى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأبهم ايحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا انحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين اظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم والزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهرى عن ابى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر اعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضاً من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان

اجرى فرسه فوطئ على اصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم اتحلفون بالله خمسين يميناً مامات منها فابوا ان يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا واحاديثنا هذه اولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من ان اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة فى ذلك مشهورة

﴿المسئلة الرابعة﴾ وهى موجب القسامة عند القائلين بها اجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ماهى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة فى معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل فى محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين اولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما اشبه هذه الشبه مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك نحو من هذا اعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند اصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى فى قرينة الحال المخيلة مثل ان يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا ان مالكا يرى ان وجود القتيل فى المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين اهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شئ يجب ان يكون اصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال ابو حنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه اثر وجبت القسامة على اهل المحلة ومن اهل العلم من اوجب القسامة بنفس وجود القتيل فى المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه ابو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله اينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده اقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من اولئك وقال داود لا اقضى بالقسامة الا فى مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلنى لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه

رأى تبدئة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكانه شبه ذلك باليمين مع الشاهد فى الاموال . واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام : لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم باموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم فى صحيحه وما احتجت به المالكية من قصة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك اسند الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين اوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها اكثر من واحد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال احمد بن حنبل وقال اشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من اقسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انسانا ضرب آخر وبقى المضروب اياما بعد الضرب ثم مات اقسم اولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض اثبتها وبه قال ابو حنيفة تشبيها بالحر وبعض نفاها تشبيها بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده اقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده احد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينكل اعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم احد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضى والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك انه اذا ورد قضاء خاص بجنس من اجناس الامور الشرعية رأوا ان الاولى ان يذكر فى ذلك الجنس واما القضاء الذى يعم اكثر من جنس واحد من اجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعاً كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب احكام فى الزنا ﴾

والنظر فى اصول هذا الكتاب فى حد الزنا وفى اصناف الزناة وفى العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفى ذلك مسائل نذكر منها اشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرا عنه الحد وان ولدت الحق الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال ابو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمية وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درء والحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه ام لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذى يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك ام حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمية * ومنها اختلافهم فى الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو اشبه والسبب فى هذه وفى التى قبلها واحد والله اعلم * ومنها ان يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرا عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام : لرجل خاطبه انت ومالك لابيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكانه استهلكها ومن الحجة لهم ايضا اجماعهم على ان الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من ابيه وكذلك كل من كان الابن له وليا * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على اربعة اقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت

عليه وهى حرة وبه قال احمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر رواه مالك فى الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا او ثيبا وقال قوم عليه التعزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحد ما ثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى فى رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهى حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهى له وعليه لسيدتها مثلها وايضا فان له شبهة فى مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المراة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على اصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث اوفى الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك * و منها ما يراه ابو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله فى ذلك ضعيف و مرغوب عنه وكانه رأى ان هذه المنفعة اشبهت سائر المنافع التى استأجرها عليها فدخلت الشبهة واشبه نكاح المتعة * ومنها درء الحد عمن امتنع اختلف فيه ايضا وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة فى هذا الباب واكثرها عند مالك تدرا الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما اشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿ الباب الثانى ﴾

و الزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم اربعة اصناف محصنون ثيب و ابكار واحرار وعبيد و ذكور واناث * والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الا حرار المحصنون فان المسلمين اجمعوا على ان حدهم الرجم الا فرقة من اهل الا هواء فانهم راوا ان حد كل زان الجلد و انما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة اعنى قوله تعالى (الزانية والزانى) الآية واختلفوا فى موضعين ، احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا ، و الموضع الثانى فى شروط الاحصان .

(اما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصرى واسحق واحمد وداود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم امراة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج فى الصحاح ولم يروا انه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى فى الحد الا كبر وذلك ان

الحد انما وضع للزجر فلاتاثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا ايضاً بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره ان علياً رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبى عليه الصلاة والسلام قال خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . واما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا فى شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء فى عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء فى الحيض اوفى الصيام فاذا زنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق ابو حنيفة مالكا فى هذه الشروط الا فى الوطء المحظور واشترط فى الحرية ان تكون من الطرفين اعنى ان يكون الزانى والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء فى نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين اجمعوا على ان حد البكر فى الزنا جلد مائة لقوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) واختلفوا فى التغريب مع الجلد فقال ابو حنيفة واصحابه لا تغريب اصلا وقال الشافعى لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكراً كان او انثى حراً كان او عبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبى عليه الصلاة والسلام قال يارسول الله انشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو افقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى ان اتكلم فقال له قل قال ان ابنى كان عسيفاً على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت ان على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والذى نفسى

بيده لاقضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل اعنى المصالحى الذى كثيراً ما يقول به مالك . واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن ابى بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور واناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى (فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لاحد على الامة اصلا * والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حداً بحديث ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى ان النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير . واما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حراً من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود وفى وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين امر برجمها وبه قال ابو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة اخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها واحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى اخاف أن يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما كان منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم الناس وما كان ببينة فأول من

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجه حدا)

يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وابو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ماخرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقدروى مسلم انه حفر له فى اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث فى ذلك مختلفة قال احمد اكثر الاحاديث على أن لا حفر وقال مالك يضرب فى الحدود الظهر وما يقاربه وقال ابو حنيفة والشافعى يضرب سائر الاعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد ابو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك فى ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وابى حنيفة ماعدا القذف على ماسيأتى بعد ويضرب عند الجمهور قاعداً ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك اربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها . واما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال احمد واسحق واحتجا بحديث عمر انه اقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقاً من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر فى شدة الحر والبرد

﴿ الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة ﴾

واجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا فى ثبوته بظهور الحمل فى النساء الغير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا فى شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه فى موضعين، احدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد، والموضع الثانى هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد اما عدد الاقرار الذى يجب به الحد فان مالكا والشافعى يقولان يكفى فى وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وابو ثور والطبرى وجماعة وقال ابو حنيفة واصحابه وابن ابى ليلى لا يجب الحد الا باقارير أربعة مرة بعد مرة وبه قال احمد واسحق وزاد ابو حنيفة واصحابه فى مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعى ماجاء فى حديث ابى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام: اغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عدداً وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى

عليه السلام انه رد ماعزاً حتى اقر اربع مرات ثم امر برجمه وفى غيره من الاحاديث قالوا وما ورد فى بعض الروايات انه اقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ وهى من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن ابى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه واما ان رجع الى غير شبهة فعنه فى ذلك روايتان، احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة، والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك ما يجب من اوجب سقوط الحد بالرجوع ان يكون التمادى على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقد روى من طريق ان ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثانيا فى وجوب الحد. واما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على انه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط فى الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا باربعة شهداء) وان من صفتهم ان يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعاينة فرجه فى فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم. على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا فى زمان ولا فى مكان الا ماحكى عن ابى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها فى ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان ام لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان وانهم اجمعوا على انها لا تلفق والمكان اشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق فى ثبوت هذا الحد اكثر منه فى سائر الحدود واما اختلافهم فى اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ماذكره مالك فى الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك الا ان تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتأتى وهى تدمى او تفضح نفسها باثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا ان تقيم البينة على ذلك ماعدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعى لا يقام عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت فى دعوى الاستكراه بامارة ولا فى دعوى الزوجية ببينة لانها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ماجاء فى حديث شراحة ان عليا رضى الله عنه قال لها

استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا اتاك فى نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر انه قبل قول امرأة ادعت انها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام ان المستكرهة لا حد عليها وانما اختلفوا فى وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع او هو نحلة فمن قال عوض عن البضع اوجبه فى البضع فى الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الازواج لم يوجبه وهذا الاصل كاف فى هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القذف ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى القذف والقاذف والمقذوف وفى العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او انثى حراً او عبداً مسلما او غير مسلم واما المقذوف فاتفقوا على ان من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشراط الحرية فى المقذوف ويحتمل ان يدخل فى ذلك خلاف ومالك يعتبر فى سن المرأة ان تطيق الوطء واما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، احدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا ، والثانى ان ينفيه عن نسبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة اوامة فقال مالك سواء كانت حرة اوامة اومسلمة اوكافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعى لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة اوكتابية وهو قياس قول الشافعى وابى حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى لا حد فى التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه فى التعريض الحد وهى مسئلة وقعت فى زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا فى غير موضعه اعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى فى

الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم فى مواضع مقام النص وقد تضعف فى مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرئ به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا اقل من اربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب فى الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب فى اختلافهم هل يشترط فى نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذا كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. واما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه اما جنسه فانهم اتفقوا على انه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا فى العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك اربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار ابو ثور والاوزاعى وداود واصحابه من اهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده فى القذف على حده فى الزنا واما اهل الظاهر فتمسكوا فى ذلك بالعموم ولما اجمعوا ايضا ان حد الكتابى ثمانون فكان العبد احرى بذلك . واما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانياً واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم فى القذف أو فرقهم وبه قال مالك وابو حنيفة والثورى واحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيى انه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم فى كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث انس وغيره ان هلال بن امية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك الى النبى عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من اهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد واما من فرق بين قذفهم فى كلمة واحدة أو كلمات أو فى مجلس واحد أو فى مجالس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب ان يتعدد الحد. واما سقوطه فانهم اختلفوا فى سقوطه بعفو القاذف فقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى

لايصح العفوأى لايسقط الحد وقال الشافعى يصح العفواى يسقط الحد بلغ الامام أولم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك فى ذلك فمرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذالم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الاان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب فى اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين اجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين ان يصل الامام أولا يصل وقياساً على الاثر الوارد فى السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر ان المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد . وامامن يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه فى القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته مالم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال ابوحنيفة لاتجوز شهادته ابداً * والسبب فى اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة اويعود الى اقرب مذكور وذلك فى قوله تعالى (ولاتقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب فى الشرع اى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على ان التوبة لاترفع الحد (واما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف فى مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم فى الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هى اصول هذا الباب التى تبنى عليه فروعه ، قال القاضى وان انسأ الله فى العمر فسنضع كتابا فى الفروع على مذهب مالك بن انس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به فى هذه الجزيرة التى هى جزيرة الاندلس حتى يكون به القارئ مجتهداً فى مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه .

﴿ باب فى شرب الخمر ﴾

والكلام فى هذه الجناية فى الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا فى المسكرات من غيرها فقال اهل الحجاز حكمها حكم الخمر فى تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيراً سكر أولم يسكر وقال اهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة ادلة الفريقين فى كتاب الاطعمة والاشربة . واما الواجب فهو الحد والتفسيق الا

ان تكون التوبة والتفسيق فى شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة فى وجوب الحد واكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا فى مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد فى ذلك ثمانون وقال الشافعى وابو ثور وداود الحد فى ذلك اربعون هذا فى حد الحر . واما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور هو على النصف من حد الحر وقال اهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو اربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون اربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر فى زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياساً على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حداً وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وان ابابكر رضى الله عنه شاور اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه باربعين وروى عن ابى سعيد الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً وروى من طريق آخر عن ابى سعيد الخدرى ماهو اثبت من هذا وهو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر اربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى . وامامن يقيم هذا الحد فاتفقوا على ان الامام يقيمه وكذلك الامر فى سائر الحدود واختلفوا فى اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولايفعل ذلك بعلم نفسه ولايقطع فى السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال ابوحنيفة لايقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول احمد واسحق وابى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام : اذا زنت امة احدكم فليجلدها واما الشافعى فاعتمد مع هذه الاحاديث ماروى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال : اقيموا الحدود على ماملكت ايمانكم ولانه ايضا مروى عن جماعة من الصحابة ولامخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وانس وعمدة ابى حنيفة الاجماع على ان الاصل فى اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفئ والحكم الى السلطان .

﴿ فصل ﴾

واما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على انه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا فى ثبوته بالرائحة فقال مالك واصحابه وجمهور اهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه فى ذلك الشافعى وابو حنيفة وجمهور اهل العراق وطائفة من اهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من اجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرا بالشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب السرقة ﴾

والنظر فى هذا الكتاب فى حد السرقة وفى شروط المسروق الذى يجب به الحد وفى صفات السارق الذى يجب عليه الحد وفى العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهى اخذ مال الغير مستتراً من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم اجمعوا انه ليس فى الخيانة ولا فى الاختلاس قطع الا اياس بن معاوية فانه أوجب فى الخلسة القطع وذلك مروى عن النبى عليه السلام وأوجب ايضاً قوم القطع على من استعار حليا أو متاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلى وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال احمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبى عليه السلام بقطع يدها فأتى اسامة اهلها فكلموه فكلم اسامة النبى عليه السلام فقال النبى عليه السلام يا اسامة لا أراك تتكلم فى حد من حدود الله ثم قام النبى عليه السلام خطيباً فقال انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا ان ياخذ من حرز قالوا وفى الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام : انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى باسناده

فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ما سيأتى فى حد المحارب . واما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الاماروى فى الصدر الاول من الخلاف فى قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف فى العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولا حجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الا تشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره اعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد وهو تشبيه ضعيف . واما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن اشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروى عن الحسن البصرى انه قال القطع فى قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) الآية وربما احتجوا بحديث ابى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه السلام انه قال: لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب فى وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا فى قدره اختلافا كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى ادلة ثابتة هو قولان ، احدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم ، والثانى قول فقهاء العراق اما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع فى ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك فى المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار اعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف مثل ان يكون الربع فى وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعى الاصل فى تقويم الاشياء هو الربع دينار. وهو الاصل ايضاً للدراهم فلا يقطع عنده فى الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار واما مالك فالدنانير والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر فى تقويم العروض الى الغالب فى نقود اهل ذلك البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار واظن ان فى المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعى فى التقويم قال ابو ثور والاوزاعى وداود وبقول مالك

المشهور وقال احمد اعنى بالتقويم بالدراهم . واما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب فى اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن ابى ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد فى اقل من خمسة دراهم وقد قيل فى اربعة دراهم وقال عثمان البتى فى درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع فى مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك واسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً واما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك فى احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر فى قيمة المجن من الصحابة كثير ممن رأى القطع فى المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبى عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن ايوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب ان لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذى اعتمده الشافعى فى هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار. واما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه وهو انه قطع فى أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل ان الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثناعشر درهما والقطع فى ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع فى عشرة دراهم ادخل فى باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعى وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعى أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة فى القطع واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع اعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا وذلك بان يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وقال ابو حنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق وأى ان هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة

وقال ابو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . واما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى واصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه ان يقال فى حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وابو حنيفة والشافعى والثورى واصحابهم وقال اهل الظاهر وطائفة من اهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال: لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك ايضاً عن عبدالله بن عبدالرحمن بن ابى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة اهل الظاهر عموم قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) الآية قالوا فوجب ان تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى احاديث عمرو بن شعيب وقال ابو عمر بن عبدالبر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات . واما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى اشياء مثل اتفاقهم على ان باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال ابو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا اخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبدالعزيز وقال ابو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء فى حديث صفوان بن امية وسيأتى بعد وما اخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبى من الحلى أو غيره الا ان يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من

المساجد وقد قيل فى المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على ان كل من سمى مخرجا للشئ من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان احدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق الى ثقب فى البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف فى هذا كله آئل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أو لا انطلاقه فهذا هو القول فى الحرز واشتراطه فى وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع.

﴿ فصل ﴾

واما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب فى سرقته القطع ماعدا الاشياء الرطبة المأكولة والاشياء التى أصلها مباحة فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع فى كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع فى الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة فى اشتراط النصاب وعمدة ابى حنيفة فى منعه القطع فى الطعام الرطب قوله عليه السلام: لا قطع فى ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقاً من غير زيادة وعمدته ايضاً فى منع القطع فيما اصله مباح الشبهة التى فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذى يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو ايضاً احد الشروط المشترطة فى المسروق هو فى ثلاثة مواضع فى جنسه وقدره وشروطه وستأتى هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب اعنى من النظر فى جنس المسروق فى المصحف فقال مالك والشافعى يقطع سارقه وقال ابو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من ابى حنيفة بناء على انه لا يجوز بيعه أو ان لكل احد فيه حقاً اذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيراً مملوكا أعجمياً ممن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . واما ان كان كبيراً يفقه فقال مالك يقطع وقال ابو حنيفة لا يقطع واختلفوا فى الحر الصغير فعند مالك ان سارقه يقطع ولا يقطع عند ابى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من اصحاب مالك واتفقوا كما قلنا ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد واختلفوا فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما لا يدرأ فمنها

العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على انه لا يقطع وقال ابو ثور يقطع ولم يشترط شرطا وقال اهل الظاهر يقطع الا ان يأتمنه سيده واشترط مالك فى الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها احد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعى الاحتياط ان لا قطع على احد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقد روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها القرابات فمذهب مالك فيها ان لا يقطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : انت ومالك لابيك ويقطع ما سواهم من القرابات وقال الشافعى لا يقطع عمود النسب الاعلى والاسفل يعنى الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال ابو حنيفة لا يقطع ذو الرحم المحرمة وقال ابو ثور تقطع يد كل من سرق الا ما خصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم او من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من اصحابه لا يقطع فهذا هو القول فى الاشياء التى يجب بها ما يجب فى هذه الجناية .

﴿ القول فى الواجب ﴾

واما الواجب فى هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا اعنى الموجودة فى السارق وفى الشئ المسروق وفى صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع من حيث هى جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعى واحمد والليث وابو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول ابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى وجماعة وفرق مالك واصحابه فقال ان كان موسراً اتبع السارق بقيمة المسروق وان كان معسراً لم يتبع به اذا اثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع فى السرقة حقان حق لله وحق للآدمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده ان يكون فى ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند اهل الحديث قال ابو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين فى حق واحد

مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لايقطع فيه . واما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس واما القطع فالنظر فى محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . اما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى فى السرقة فانهم اختلفوا فى ذلك فقال اهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض اهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وابو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وابو حنيفه يقف القطع فى الرجل وانما عليه فى الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وابى بكر اعنى قول مالك وابى حنيفة فعمدة من لم ير الاقطع اليد قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما) ولم يذكر الارجل الا فى المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به فى الثالثة فقطع يده اليسرى ثم اتى به فى الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبدالله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا انه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب فى الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل فى المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف فى موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى فى اصل الساق وقيل يدخل الكعبان فى القطع وقيل لايدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم واتفقوا على ان لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لماروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغنى من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لوكانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلا كان ذلك قبل ان تأتينى به واختلفوا فى السارق يسرق مايجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقه او يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعى عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال ابو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور

حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبدالله بن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام فى المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تأتينى به

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى انها تثبت باقرار الحر واختلفوا فى اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لايجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعى وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك فى ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين فى ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحرابة ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله) الآية وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هى فى المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت فى النفر الذين ارتدوا فى زمان النبى عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت ايديهم وأرجلهم وسملت اعينهم والصحيح انها فى المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة فى توبة الكفار فبقى انها فى المحاربين والنظر فى اصول هذا الكتاب ينحصر فى خمسة ابواب . احدها النظر فى الحرابة والثانى النظر فى المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع فى مسقط الواجب عنه وهى التوبة ، والخامس بماذا تثبت هذه الجناية .

﴿ الباب الاول ﴾

فأما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا

فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعى الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعى انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة فى المصر كانت محاربة . واما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال ابوحنيفة لاتكون محاربة فى المصر .

﴿ الباب الثانى ﴾

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمى .

﴿ الباب الثالث ﴾

واماما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدى وقطع الارجل من خلاف والنفى على مانص الله تعالى فى آية الحرابة واختلفوا فى هذه العقوبات هل هى على التخيير اومرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير فى قطعه ولافى نفيه وانما التخيير فى قتله أوصلبه . واماان اخذ المال ولم يقتل فلاتخيير فى نفيه وانما التخيير فى قتله أوصلبه أوقطعه من خلاف واما اذا اخاف السبل فقط فالامام عنده مخير فى قتله اوصلبه اوقطعه اونفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع فى ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله اوصلبه لان القطع لايرفع ضرره وان كان لا رأى له وانما هو ذوقوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شئ من هاتين الصفتين اخذ بايسر ذلك فيه وهو الضرب والنفى وذهب الشافعى وابوحنيفة وجماعة من العلماء الى ان هذه العقوبة هى مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلايقتل من المحاربين الامن قتل ولايقطع الا من اخذ المال ولا ينفى الا من لم ياخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أولم يقتل اخذ المال أولم يأخذه * وسبب الخلاف هل حرف أوفى الآية للتخيير أوللتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير واختلفوا فى معنى قوله او يصلبوا فقال قوم انه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك انه يقتل ويصلب معاً وهؤلاء منهم من قال يقتل اولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل انه يصلب حيا ثم يقتل فى الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى انه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى انه يقتل فى

الخشبة فقال بعضهم لايصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل فى الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابوحنيفة واصحابه انه لايبقى على الخشبة اكثر من ثلاثة ايام . واما قوله اوتقطع ايديهم وارجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى . واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال اشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف ايضاً فى قوله أو ينفوا من الارض فقيل ان النفى هو السجن وقيل ان النفى هو ان ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى ان تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ماتقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال ابوحنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفى هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما ان ينفى بعد ان يقدر عليه فلا وقال الشافعى اما النفى فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم فى البلاد بالاتباع وقيل هى عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلها عن الشافعى وقيل معنى أو ينفوا أى من ارض الاسلام الى ارض الحرب فالذى يظهر ان النفى هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى (ولو انا كتبنا عليهم ان اقتلوا انفسكم أواخرجوا من دياركم) الاية فسوى بين النفى والقتل وهى عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل مايقال فيه سوى هذا فليس معروفا لابالعادة ولابالعرف .

﴿ الباب الرابع ﴾

واماما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم) واختلف من ذلك فى اربعة مواضع . احدها هل تقبل توبته ، والثانى ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم فى ذلك قولين قول انه تقبل توبته وهو اشهر لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم) وقول انه لاتقبل توبته قال ذلك من قال ان الاية لم تنزل فى المحاربين . واما صفة التسوية التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة اقوال . احدها ان توبته تكون بوجهين . احدهما ان يترك ماهو عليه وان لم يات الامام والثانى ان يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم ، والقول الثانى ان توبته انما تكون بان يترك ماهو عليه ويجلس فى موضعه ويظهر لجيرانه وان اتى الامام قبل ان تظهر توبته اقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجئ الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان اخذ قبل ان يأتى الامام وتحصيل

ذلك هو ان توبته قيل انها تكون بان يأتى الامام قبل ان يقدر عليه وقيل انها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا . واما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها ايضاً على ثلاثة اقوال. احدها ان يلحق بدار الحرب، والثانى ان تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة اولم تكن لحق بدار الحرب أولم يلحق واختلف فى المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لاامان له لانه انما يؤمن المشرك . واما ماتسقط عنه التوبة فاختلفوا فى ذلك على اربعة اقوال . احدها ان التوبة انما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك ، والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو أولياء المقتول ، والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفى الاموال بما وجد بعينه فى ايديهم ولا تتبع ذممهم ، والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ما كان من الاموال قائم العين بيده .

﴿ الباب الخامس ﴾

واما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار و بالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم وقال الشافعى تجوز شهادة اهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا اخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

﴿ فصل فى حكم المحاربين على التأويل ﴾

واما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام ان يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين . واما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعى الذى لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والاقتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل واكثر اهل البدع انما يكفرون بالمال واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم واما مايلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما اخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا

هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لان كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتة اصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتأول

﴿ باب فى حكم المرتد ﴾

والمرتد اذا ظفر به قبل ان يحارب فاتفقوا على انه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا فى قتل المرأة وهل تستتاب قبل ان تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال ابو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد فى ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام واما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على مارواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته واما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا ان يسلم واما اذا اسلم المرتد المحارب بعد ان اخذ او قبل ان يؤخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته فى دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لا تباعة عليه فى شئ مما فعل فى حال ارتداده واما ان كانت حرابته فى دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى فى ردته فى دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف اصحاب مالك فيه فقال حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف فى هذا الباب فى حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الا مع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الاقضية)

واصول هذا الكتاب تنحصر فى ستة ابواب احدها فى معرفة من يجوز قضاؤه * والثانى فى معرفة مايقضى به * والثالث فى معرفة مايقضى فيه * والرابع فى معرفة من يقضى عليه أوله والخامس فى كيفية القضاء * والسادس فى وقت القضاء

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر فى هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة فى الجواز فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلا عدلا وقد قيل فى المذهب ان الفسق يوجب

العزل ويمضى ماحكم به واختلفوا فى كونه من اهل الاجتهاد فقال الشافعى يجب ان يكون من اهل الاجتهاد ومثله حكى عبدالوهاب عن المذهب وقال ابو حنيفة يجوز حكم العامى قال القاضى وهو ظاهر ماحكاه جدى رحمة الله عليه فى المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا فى اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط فى صحة الحكم وقال ابو حنيفة يجوزان تكون المرأة قاضيا فى الاموال قال الطبرى يجوزان تكون المرأة حاكما على الاطلاق فى كل شئ قال عبدالوهاب ولا اعلم بينهم اختلافا فى اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها ايضاً على العبد لنقصان حرمتها ومن اجاز حكمها فى الاموال فتشبيها بجواز شهادتها فى الاموال ومن رأى حكمها نافذاً فى كل شئ قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الاماخصصه الاجماع من الامامة الكبرى واما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف فى مذهب مالك ان السمع والبصر والكلام مشترطة فى استمرار ولايته وليست شرطاً فى جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى فى المذهب ماهى شرط فى الجواز فهذا اذا ولى عزل وفسخ جميع ماحكم به ومنها ماهى شرط فى الاستمرار وليست شرطاً فى الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ماحكم به الا ان يكون جوراً ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك ان يكون واحدا والشافعى يجيزان يكون فى المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما مايحكم فيه وان شرط اتفاقهما فى كل حكم لم يجزوان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان فى اختيار احدهما وجب ان يقترع عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس فى كتبهم وقد اختلفوا فى الامى هل يجوزان يكون قاضياً والابين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لايجوز وعن الشافعى القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولاخلاف فى جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط فى صحة قضائه لاخلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب فى نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى فى احد قوليه لايجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البلد

﴿ الباب الثانى ﴾

واما فيما يحكم فاتفقوا ان القاضى يحكم فى كل شئ من الحقوق كان حقا لله او حقاً للآدميين

وانه نائب عن الامام الاعظم فى هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الائمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف فى المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر فى الجباة ولا فى غير ذلك من الولاة وينظر فى التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل مايحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن فى نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على ان حكم الحاكم بالظاهر الذى يعتريه لايحل حراماً ولا يحرم حلالا وذلك فى الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام انما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو مااسمع منه فمن قضيت له بشئ من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لايحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج فى ذلك سواء لايحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالا وذلك مثل ان يشهد شاهدا زور فى امرأة اجنبية انها زوجة لرجل اجنبى ليست له بزوجة فقال الجمهور لاتحل له وان احلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم ان احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هى الكاذبة لان زناها لايوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة هاهنا انما وقعت عقوبة للعلم بان احدهما كاذب

﴿ الباب الثالث فيما يكون به القضاء ﴾

والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار أو بما تركب من هذه ففى هذا الباب اربعة فصول

﴿ الفصل الاول فى الشهادة ﴾

والنظر فى الشهود فى ثلاثة اشياء فى الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة فى قبول الشاهد بالجملة فهى خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفى التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها فاما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها فى قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) واختلفوا فيما هى العدالة فقال الجمهور هى صفة زائدة على الاسلام

وهوان يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنباً للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفى فى العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة * وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم فى مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا ان الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان ابا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء فى قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى اقرب مذكور اليه او على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط حيث تشترط العدالة واختلفوا فى شهادة الصبيان بعضهم على بعض فى الجراح وفى القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على ان من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست فى الحقيقة شهادة عند مالك وانما هى قرينة حال ولذلك اشترط فيها ان لا يتفرقوا لئلا يجنبوا واختلف اصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة فى الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا ايضاً هل تجوز فى القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك فى هذا الا انه مروى عن ابن الزبير قال الشافعى فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن ابى ليلى وقوم من التابعين واجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة واما الاسلام فاتفقوا على انه شرط فى القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك فى الوصية فى السفر لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من من غيركم) الآية فقال ابو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله وقال مالك والشافعى لا يجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة واما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها فى قبول الشهادة وقال اهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير فى الرد الا ان يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية اثر من اثر الكفر فوجب ان يكون لها تأثير فى رد الشهادة واما التهمة التى سببها المحبة فان العلماء اجمعوا على انها مؤثرة فى اسقاط الشهادة واختلفوا فى رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار الا انهم اتفقوا فى مواضع على اعمال التهمة وفى مواضع

على اسقاطها وفى مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم واسقطها بعضهم فمما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين احدهما للآخر فان مالكا ردها وابا حنيفة واجازها الشافعى وابو ثور والحسن وقال ابن ابى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعى ومما اتفقوا على اسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعاً الى اخيه ينال بره وصلته ما عدا الاوزاعى فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم فى قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال ابو حنيفة تقبل فعمدة الجمهور فى رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه عليه السلام انه قال لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه ابو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى ما يقع فى المصر فهذه هى عمدتهم من طريق السماع واما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد اجمع الجمهور على تأثيرها فى الاحكام الشرعية مثل اجماعهم على انه لا يرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة فى المرض وان كان فيه خلاف واما الطائفه الثانية وهم شريح وابو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والاقربين) والامر بالشئ يقتضى اجزاء المأمور به الا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه واما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع فى الفاسق ومنع اعمالها فى العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة واما النظر فى العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من اربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ما عدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من اربعة شهداء تشبيهاً بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على ان الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن ابى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا فى قبولهما فى الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال اهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء اكثر من واحدة فى كل شئ على ظاهر الآية وقال ابو حنيفة تقبل فى الاموال وفيما عدا الحدود من احكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل

عندمالك فى حكم من احكام البدن واختلف اصحاب مالك فى قبولهن فى حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لاتتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال اشهب وابن الماجشون لايقبل فيه الارجلان واماشهادة النساء مفردات اعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور فى حقوق الابدان التى لايطلع عليها الرجال غالباً مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولاخلاف فى شئ من هذا الا فى الرضاع فان اباحنيفة قال لاتقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا فى العدد المشترط فى ذلك منهن فقال مالك يكفى فى ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى فى ذلك أقل من اربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لايكتفى فى ذلك باقل من ثلاث وهو قول لامعنى له وأجاز ابوحنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات فى شئ كما يجيزون شهادتهن مع الرجال فى كل شئ وهو الظاهر واما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم ايضاً اختلفوا فيها لقوله عليه السلام فى المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك فى انه مكروه

الفصل الثانى

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى فى اثبات ما انكره المدعى عليه وابطال ماثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه فى الموضع الذى يكون المدعى اقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لاتثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت فى اسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه * وسبب اختلافهم ترددهم فى مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام فى كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى فى الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام فى كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لايثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم

من جهة ماهو اقوى شبهة قال اذا اتفق ان يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى اقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع الذى اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف فى الوديعة وغير ذلك ان وجد شئ بهذه الصفة ولاولئك ان يقولوا الاصل ماذكرنا الا ماخصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى او تثبتها هى اليمين بالله الذى لااله الا هو واقاويل فقهاء الامصار فى صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لااله الا هو لايزيد عليها ويزيد الشافعى الذى يعلم من السر مايعلم من العلانية واما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك فى قدر مخصوص وكذلك الشافعى واختلفوا فى القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا اوجبت عليه اليمين فى المسجد الجامع فان كان مسجد النبى عليه الصلاة والسلام فلاخلاف انه يحلف على المنبر وان كان فى غيره من المساجد ففى ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيماله بال فى الجامع ولم يحدد وقال الشافعى يحلف فى المدينة عند المنبر وفى مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده فى كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده فى ذلك عشرون ديناراً وقال داود يحلف على المنبر فى القليل والكثير وقال ابوحنيفة لاتغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد فى الحلف على منبر النبى صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ فى ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لايجب الحلف على المنبر والحديث الوارد فى التغليظ هو حديث جابر بن عبدالله الانصارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبرى آثماً تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعى لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لايفهم منه ايجاب اليمين فى الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين فى ذلك الموضع قالوا وكما ان التغليظ الوارد فى اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة واوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد فى المكان وقال الفريق الآخر لايفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك فى القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال فى اللعان ان يكون بعد

صلاة العصر على ماجاء فى التغليظ فيمن حلف بعد العصر واما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى واحمد وداود وابو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد فى الاموال وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى وجمهور اهل العراق لا يقضى باليمين مع الشاهد فى شىء وبه قال الليث من اصحاب مالك * وسبب الخلاف فى هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا فى ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث ابى هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذى خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخارى واما مالك فانما اعتمد مرسله فى ذلك عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب واما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضى الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لا تغير حكم المزيد واما من السنة فما اخرجه البخارى ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بينى وبين رجل خصومة فى شىء فاختصمنا الى النبى عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذاً يحلف ولا يبالى فقال النبى صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقى الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفى اقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على اصلهم فى ان اليمين هى حجة اقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت فى القسامة وهؤلاء اختلفوا فى القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد اقيمتا مقام الواحد وقال الشافعى لا يجوز له لانه انما اقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين فى الحدود التى هى حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان فى المذهب .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وإما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء ايضاً اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى وفقهاء اهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شىء بنفس النكول الا ان يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال ابو حنيفة واصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك فى المال بعد ان يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون فى الموضع الذى يقبل فيه شاهد

وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعى يكون فى كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن ابى ليلى أردها فى غير التهمة ولا أردها فى التهمة وعند مالك فى يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى ان تنقلب اليمين ما رواه مالك من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد فى القسامة اليمين على اليهود بعد ان بدا بالانصار ومن حجة مالك ان الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين اصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية فى الشهادة وليس يقضى عند الشافعى بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول ان الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا واما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه اصول الحجج التى يقضى بها القاضى ومما اتفقوا عليه فى هذا الباب انه يقضى القاضى بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به اعنى اذا اشهد القاضى الذى يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده اعنى المكتوب فى الكتاب الذى ارسله الى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى انه كتابه وانه اشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضى وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعى وابو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقراه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعى وابو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا فى العفاص والوكاء هل يقضى به فى اللقطة دون شهادة أم لا بد فى ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعى لا بد من الشاهدين وكذلك قال ابو حنيفة وقول مالك هو اجرى على نص الاحاديث وقول الغير اجرى على الاصول ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضى يقضى بعلمه فى التعديل والتجريح وانه اذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وانه يقضى بعلمه فى اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه راى ان يحضر القاضى شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك اجمعوا على انه يقضى بعلمه فى تغليب حجة احد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن فى ذلك خلاف واختلفوا اذا كان فى المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذاً وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب او سنة تخالف القياس وهو الاعدل الا ان يكون القياس تشهد له الاصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذى ينبغى ان يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء فى موضع من المواضع على الاثر مثل ما ينسب الى ابى حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على احد دون

بينة او اقرار او لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك واكثر اصحابه لا يقضى الا بالبينات او الاقرار وبه قال احمد وشريح وقال الشافعى والكوفى وابو ثور وجماعة للقاضى ان يقضى بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد فى قوله السماع والنظر اما عمدة الطائفة التى منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهرى عن عروة عن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم بعث ابا جهم على صدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهمّ بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين فى انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم واما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة فى ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتهمة تاثيراً فى الشرع منها انه لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور من قتله ومنها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء واما عمدة من اجاز ذلك اما من طريق السماع فحديث عائشة فى قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها ابى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت ابا سفيان خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف دون ان يسمع قول خصمها واما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص ابو حنيفة واصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك وخصص ايضاً ابو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر انه قضى بعلمه على ابى سفيان لرجل من بنى مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضى بعلمه فى المجلس اعنى بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل فى هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع فى الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود

ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل فى المال واما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فهى من قبل احتمال اللفظ وانت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع .

﴿ الباب الرابع ﴾

واما على من يقضى ولمن يقضى فان الفقهاء اتفقوا على انه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا فى قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة واما على من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا فى الغائب وفى القضاء على اهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعى قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال ابو حنيفة لا يقضى على الغائب اصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى فى الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما اقضى له بحسب ما اسمع وما رواه ابو داود وغيره عن على ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين ارسله الى اليمن لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر واما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة اقوال احدها انه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب ابى حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعى القولان والثالث انه واجب على الامام ان يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى (فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى (وان احكم بينهم) ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير واما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمى اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

واما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين فى المجلس والا يسمع من احدهما دون الاخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح او قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لا تجب الا مع شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا فى ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس

الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لاتجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضا ومن هنا لم يرمالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الاان يكون معها شاهد وكذلك احلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه والدعوى لاتخلوان تكون فى شئ فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أوغيرذلك واماان كانت الدعوى فى عين وهوالذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا اهل تسمع بينة المدعى عليه فقال ابوحنيفة لاتسمع الا فى النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لاتسمع فى شئ وقال مالك والشافعى تسمع اعنى فى ان يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه ماله وملك فعمدة من قال لاتسمع ان الشرع قدجعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب ان لاينقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لاتفيد معنى زائداً قال لامعنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداهما امرآزائدا مما لايمكن ان يتكرر فى ملك ذى الملك فالحكم عند مالك ان يقضى باعدل البينتين ولايعتبر الاكثر وقال ابوحنيفة بينة المدعى اولى على اصله ولاتترجح عنده بالعدالة كما لاتترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت فى العدالة فذلك عند مالك كلابينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين اعنى اليمين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عيناً فلاخلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا فى الذمة فانه يكلف المقرغرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن اوبالبينة ان كان متهماً فاذالاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذوعسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبدالعزيز وحكى عن ابى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف ان البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض واماان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم اوبعده فان كان قبل الحكم

فالاكثران الحكم لايثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لايثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ماأتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لايضمنون فى الغلط وقال الشافعى لايضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا اقيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم

﴿ الباب السادس ﴾

وامامتى يقضى فمنها مايرجع الى حال القاضى فى نفسه ومنها مايرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها مايرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لايقضى القاضى حين يقضى وهوغضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أوخائفا أوغيرذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى فى حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما اعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لاينفذ فيما وقع عليه النص وهوالغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه وامامتى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هو ان يحق حجة المدعى أويدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقا لله مثل الاحباس والعتق ولايسمع فى غيرذلك وقيل لايسمع بعد نفوذ الحكم وهوالذى يسمى التعجيز قيل لايسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهواذا أقر بالعجز واماوقت التوقيف فهوعند الثبوت وقبل الاعذار واذا لم يرد الذى استحق الشئ من يده ان يخاصم فله ان يرجع بثمنه على البائع وان كان يحتاج فى رجوعه به على البائع ان يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره اويعترف له به ان اقر فللمستحق من يده ان يأخذ الشئ من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعى يشتريه منه فان عطب فى يد المستحق فهوضامن له وان عطب فى اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم واما بعد الثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبغى ان تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ماذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل فى هذا القسم وقسم لايقضى به الحكام وهذا اكثره هوداخل فى المندوب اليه

وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء فى اواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر ايضاً من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا ان نعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها مايرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفى هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها مايرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة فى المطعم والمشرب والسنن الواردة فى المناكح ومنها مايرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى اجناس السنن التى تقتضى العدل فى الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة فى الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضاية التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل فى هذا الباب من وجه وتدخل ايضا فى باب الاشتراك فى الاموال وكذلك الامر فى الصدقات ومنها سنن واردة فى الاجتماع الذى هو شرط فى حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم ايضا ان تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة فى حين الاجتماع السنن الواردة فى المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهى المحبة والبغضة اى الدينية التى تكون امامن قبل الاخلال بهذه السنن وامامن قبل سوء المعتقد فى الشريعة واكثر مايذكر الفقهاء فى الجوامع من كتبهم ماشذ عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط فى تثبيت هذه الفضائل

كمل كتاب الاقضية وبكماله

كمل جميع الديوان والحمد

لله كثيرا على ذلك كما

هو اهله

﴿ تم الكتاب والحمد لله رب العالمين ﴾

فهرست

الجزء الثانى

﴿ من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ﴾

صحيفة

٢ ﴿ كتاب النكاح ﴾
٣ حكم الخطبة على الخطبة
٣ حكم النظر الى المخطوبة
٣ الاذن فى النكاح
٤ من المعتبر قبوله فى صحة العقد
٦ هل يجوز الخيار فى النكاح أم لا
٧ الولاية فى النكاح
١١ حكم الا بعد مع الاقرب
١٣ عضل الاولياء
١٤ الشهادة فى النكاح
١٥ الصداق وحكمه وقدره وجنسه
٢١ التفويض
٢٢ اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
٢٣ الا صدقة الفاسدة
٢٥ اختلاف الزوجين فى الصداق
٢٧ مانع النسب والمصاهرة
٢٩ مانع الرضاع
٣٢ الشهادة على الرضاع
٣٣ مانع الزنا
٣٤ مانع العدد
٣٤ مانع الجمع
٣٥ موانع الرق
٣٦ مانع الكفر
٣٨ مانع الاحرام والمرض
٣٩ مانع العدة
٤٠ مانع الزوجية
٤١ موجبات الخيار فى النكاح
٤٥ حقوق الزوجية
٤٧ الانكحة المنهى عنها بالشرع
٤٩ حكم الانكحة الفاسدة
٥٠ ﴿ كتاب الطلاق ﴾
٥٠ الطلاق بائن ورجعى
٥١ نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٥٢ معرفة الطلاق السنى والبدعى
٥٥ الخلع وجواز وقوعه
٥٥ شروط جواز وقوعه
٥٦ من يجوز له الخلع ومن لايجوزله
٥٧ الخلع هل هو طلاق أوفسخ
٥٨ مايلحق الخلع من الاحكام
٥٨ تميز الطلاق من الخلع

صحيفة

٥٩ التخيير والتمليك
٦١ انواع الفاظ الطلاق المطلقة
٦٥ انواع الفاظ الطلاق المقيدة
٦٧ من يجوز طلاقه ومن لايجوز
٦٩ من يتعلق به الطلاق ومن لا
٧٠ احكام الرجعة فى الرجعى
٧١ احكام الارتجاع فى البائن
٧٣ العدة وانواعها
٨٠ المتعة
٨١ باب فى بعث الحكمين
٨٢ ﴿كتاب الايلاء﴾
٨٧ ﴿كتاب الظهار﴾
٨٧ شروط وجوب الكفارة
٨٩ من يصح فيه الظهار
٩٠ مايحرم على المظاهر
٩١ هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح
٩٢ احكام كفارة الظهار
٩٥ ﴿كتاب اللعان﴾
٩٦ الدعاوى الموجبة له وشروطها
١٠١ ﴿كتاب الاحداد﴾
١٠٣ ﴿كتاب البيوع﴾
١٠٤ تعريف انواع البيوع المطلقة
١٠٤ الاعيان المحرمة البيع
١٠٦ بيوع الربا
١٢٠ مايشترط فيه القبض من المبيعات
١٢٢ البيوع المنهى عنها من قبل الغبن

صحيفة

١٣٢ بيوع الشروط والثنيا
١٣٧ المنهى عنها من اجل الضرر او الغبن
١٣٨ النهى عن تلقى الركبان للبيع
١٣٩ النهى عن النجش الخ
١٤٠ النهى من قبل وقت العبادات
١٤١ الاسباب والشروط المصححة للبيع
١٤١ صيغ العقد
١٤٣ المعقود عليه والعاقدين
١٤٤ الاحكام العامة للبيوع الصحيحة
١٤٤ العيب فى المبيعات
١٤٩ اصناف التغيرات الحادثة عند المشترى
١٥٢ اختلاف المتبايعين فى العيب
١٥٣ بيع البراءة
١٥٧ تابعات المبيعات
١٦٠ اختلاف المتبايعين
١٦٢ ﴿كتاب الصرف﴾
١٦٧ ﴿كتاب السلم﴾
١٦٨ واما شروطه
١٧٣ اختلاف المتبايعين فى السلم
١٧٤ ﴿كتاب بيع الخيار﴾
١٧٦ هل يورث خيار المبيع أم لا
١٧٧ من يصح خياره
١٧٨ ﴿كتاب بيع المرابحة﴾
١٧٩ حكم ماوقع من الزيادة أو النقصان
١٨٠ ﴿كتاب بيع العرية﴾
١٨٣ ﴿كتاب الاجارات﴾
١٨٣ انواعها وشروط الصحة والفساد

صحيفة

١٨٦ اجارة المؤذن الخ
١٩٠ احكام الاجارات
١٩١ النظر فى الفسوخ
١٩٣ النظر فى الضمان
١٩٤ النظر فى الاختلاف
١٩٦ ﴿كتاب الجعل﴾
١٩٧ ﴿كتاب القراض﴾
٢٠٤ ﴿كتاب المساقات﴾
٢٠٩ احكام المساقاة الفاسدة
٢١٠ ﴿كتاب الشركة﴾ شركة العنان
٢١٢ شركة المفاوضة
٢١٣ شركة الابدان والوجوه
٢١٤ احكام الشركة الصحيحة
٢١٤ ﴿كتاب الشفعة﴾
٢٢٠ احكام الشفعة
٢٢٢ ﴿كتاب القسمة وانواعها﴾
٢٢٣ الرباع والاصول
٢٢٦ قسمة المنافع
٢٢٧ احكام القسمة
٢٢٨ ﴿كتاب الرهون﴾
٢٣٠ القول فى الشروط
٢٣١ « فى الاحكام
٢٣٤ ﴿كتاب الحجر﴾
٢٣٤ اصناف المحجورين
٢٣٦ احكام افعالهم فى الرد والاجازة
٢٣٨ ﴿كتاب التفليس﴾
٢٤٦ ﴿كتاب الصلح﴾

صحيفة

٢٤٧ ﴿كتاب الكفالة﴾
٢٥٠ ﴿كتاب الحوالة﴾
٢٥٢ ﴿كتاب الوكالة﴾
٢٥٣ احكام الوكالة
٢٥٥ ﴿كتاب اللقطة﴾
٢٥٦ احكامها
٢٥٩ احكام الالتقاط والملتقط
٢٦٠ ﴿كتاب الوديعة﴾
٢٦٢ ﴿كتاب العارية﴾
٢٦٥ ﴿كتاب الغصب﴾
٢٦٦ الطوارىء على المغصوب
٢٧٢ ﴿كتاب الاستحقاق واحكامه﴾
٢٧٤ ﴿كتاب الهبة﴾
٢٧٩ احكام الهبات
٢٨٠ ﴿كتاب الوصايا﴾
٢٨٢ احكام الوصايا
٢٨٣ ﴿كتاب الفرائض﴾
٢٨٥ ميراث الصلب
٢٨٦ ميراث الزوجات
٢٨٧ ميراث الاب والام
٢٨٨ ميراث الاخوة
٢٩٠ ميراث الجد
٢٩٣ ميراث الجدات
٢٩٤ باب فى الحجب
٣٠٣ الولاء
٣٠٦ ﴿كتاب العتق﴾
٣١٣ ﴿كتاب الكتابة﴾

صحيفة		صحيفة	
٣٢٥	﴿ كتاب التدبير ﴾	٣٧٠	باب فى شرب الخمر
٣٢٩	﴿ كتاب امهات الاولاد ﴾	٣٧٢	﴿ كتاب السرقة ﴾
٣٢٩	﴿ كتاب الجنايات ﴾	٣٧٩	القول فيما تثبت به السرقة
٣٣١	﴿ كتاب القصاص شروط القاتل ﴾	٣٧٩	﴿ كتاب الحرابة ﴾
٣٣٦	فى الموجب	٣٨٢	المحاربين على التأويل
٣٣٨	فى القصاص	٣٨٣	باب فى حكم المرتد
٣٣٩	﴿ كتاب الجراح ﴾	٣٨٣	﴿ كتاب الاقضية من يجوز قضاؤه ﴾
٣٤٧	﴿ كتاب الديات فى النفوس ﴾	٣٨٥	الشهادة
٣٥٠	﴿ كتاب الديات فيما دون النفس ﴾	٣٨٨	الايمان
٣٥٧	﴿ كتاب القسامة ﴾	٣٩٠	النكول عن اليمين
٣٦٢	﴿ كتاب الاحكام فى الزنا ﴾	٣٩٢	الاقرار
٣٦٣	اصناف الزناة	٣٩٣	من يقضى عليه أوله وكيفية القضاء
٣٦٦	العقوبات لكل صنف صنف	٣٩٥	وقت القضاء
٣٦٨	﴿ كتاب القذف ﴾		

(تمت الفهرست)

[library stamp]